UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CAPACITÉ REQUISE

POUR LE RÈGLEMENT

DES

CONVENTIONS MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Samedi 15 Juillet 1899, à 3 heures, dans la Salle des Actes publics de la Faculté

PAR

René ROBIN

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1899

DE LA CAPACITÉ REQUISE

POUR LE RÈGLEMENT

DES

CONVENTIONS MATRIMONIALES

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. Le Courtois (✻, I ✠), Doyen, Professeur de Droit civil.

Ducrocq (O ✻, I ✠), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

Thézard (I ✠), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

Arnault de la Ménardière (I ✠), Professeur de Droit civil.

Normand (I ✠), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

Parenteau-Dubeugnon (I ✠), Professeur de Procédure civile.

Arthuys (I ✠), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

Bonnet (I ✠), Professeur de Droit romain.

Petit (I ✠), Professeur de Droit romain, chargé des Cours de Science et Législation financières et de Pandectes (Doctorat).

Barrilleau (I ✠), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

Surville (I ✠), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

Prévot-Leygonie (A ✠), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé d'un Cours de Droit international public.

Michon (A. ✠), Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

Chéneaux, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

Girault (A ✠), Professeur d'Economie politique et chargé du Cours de Législation et Economie coloniales.

Audinet (A ✠), Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, chargé des fonctions d'agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers, du Cours de Droit civil comparé (Doctorat), et d'un Cours de Droit international public.

Isambert, Docteur en Droit, Chargé de conférences.

Roche (I ✠), Secrétaire.

Coulon (I ✠), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : MM. Surville, président.

Suffragants : Prévot-Leygonie, professeur. — Chéneaux, professeur-adjoint.

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CAPACITÉ REQUISE

POUR LE RÈGLEMENT

DES

CONVENTIONS MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Samedi 15 Juillet 1899, à 3 heures, dans la Salle des Actes publics de la Faculté

PAR

René ROBIN

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1899

DE LA CAPACITÉ REQUISE

POUR

LE RÈGLEMENT DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

INTRODUCTION

1. — On comprend que le législateur, lorsqu'il détermine les conditions dans lesquelles les incapables sont admis à établir leurs conventions matrimoniales, se préoccupe d'une part, de sauvegarder leurs intérêts pécuniaires, d'autre part, de ne pas mettre obstacle au mariage, qu'il est au contraire de l'intérêt public de favoriser.

Or, il se peut qu'il y ait quelque difficulté à favoriser le mariage des incapables et à protéger leurs droits en même temps, en exigeant certaines garanties.

2. — Dans le but de concilier les deux points de vue que nous avons signalés, le Code civil, dans son art. 1398, dit que « *le mineur habile à contracter mariage*,

est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage ».

Il résulte d'abord de cette disposition de notre loi civile que le mineur, assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour qu'il puisse contracter mariage, a le droit de régler ses conventions matrimoniales et particulièrement de consentir des donations à son futur conjoint, comme s'il était majeur. Il semble en ressortir aussi que cette assistance n'est exigée que pour le mineur. Or il existe d'autres incapables. Le prodigue et le faible d'esprit qui sont aussi des incapables ne sont pas désignés dans notre article. A supposer qu'ils n'aient besoin pour contracter mariage du consentement de personne, pourront-ils aussi consentir des donations ? Pourront-ils en un mot, comme une personne jouissant de l'exercice de ses droits, faire toutes les conventions qui trouvent ordinairement place dans un contrat de mariage ?

Cette question extrêmement importante doit être posée dès maintenant, sauf à être résolue plus tard dans le cours de ce travail ; en tout cas, elle a prêté à la controverse et ne paraît pas d'ailleurs avoir été nettement tranchée par le Code civil.

ANCIEN DROIT

SECTION I

Portée de la règle « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ».

3. — Le Code civil, en énonçant la règle générale de l'art. 1398, semble avoir reproduit les dispositions de notre ancien droit, telles que nos anciens jurisconsultes les avaient analysées.

L'habileté à contracter mariage était en effet accompagnée de la capacité qu'avaient les futurs conjoints de faire leurs conventions matrimoniales. C'est ce que signifie l'adage : « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* » Mais il importe de savoir comment il fallait entendre cette règle dans notre ancien droit ; il importe aussi de savoir quelle application en a faite le législateur de 1804.

4. — Le jurisconsulte Lebrun, dans son traité de la Communauté, a examiné assez minutieusement la portée de cette règle qu'il dit avoir été formulée par Du Moulin (1). Lebrun s'occupe surtout des mineurs. Mais nous trouverons, dans Basnage en particulier, quel était, pour les prodigues, le principe consacré par notre ancienne jurisprudence.

(1) Lebrun, *Traité de la Communauté*, p. 32.

Lebrun distingue entre les conventions qui peuvent intervenir dans un contrat de mariage. Pour la clarté de notre exposition, il est nécessaire de faire aussi cette distinction.

A. — *Clauses tendant à l'aliénation ou à l'hypothèque des biens des incapables.*

5. — Lebrun nous donne comme exemple de ces clauses, qualifiées par lui d'extraordinaires, la donation et l'ameublissement excessif, le douaire exorbitant, la communauté universelle ou de tous biens.

Ces clauses n'étaient permises au mineur que du consentement ou avec l'assistance de ses proches parents. Ce consentement et cette assistance pouvaient être remplacés par un décret du juge, formalité qui était nécessaire pour l'aliénation ordinaire des biens de mineur. Lebrun cite, à l'appui de cette opinion très raisonnable et généralementa reçue du reste, Peleus, livre 3, action 45 ; Béraut, sur l'art. 431 de la Coutume de Normandie ; Chenu, quest. 18.

6. — Le mineur pouvait d'autant moins consentir une communauté de tous biens que, d'après Pothier, on dérogeait en sa faveur aux principes de la communauté légale en ce sens qu'on ne lui permettait pas d'y faire entrer plus du tiers de l'uni-

versalité de ses biens meubles, lorsqu'il se mariait *de suo* (Pothier, VII, p. 95, n° 103). La convention d'ameublissement devait être à plus forte raison exorbitante et interdite au premier chef. Cette convention, dit Pothier, tend à l'aliénation de l'héritage ameubli. L'aliénation est partielle en ce que l'immeuble, appartenant d'abord à un seul des conjoints, devient commun par suite de la convention. Elle est même entière lorsque, par l'effet du partage de la communauté, l'immeuble ameubli tombe dans le lot du conjoint qui n'en était pas propriétaire avant le mariage ou lorsque le mari, durant la communauté, aliène l'héritage ameubli par la femme.

L'aliénation qui pouvait résulter de l'ameublissement était des plus graves, surtout à une époque où les biens patrimoniaux jouissaient d'une considération dont ils ont, de nos jours encore, gardé quelque chose.

Cependant, lorsque le mineur n'avait pas en meubles de quoi faire à la communauté un apport du tiers de ses biens, il lui était permis d'ameublir ses immeubles jusqu'à concurrence de ce tiers. Mais en ce cas l'autorisation du tuteur était nécessaire pour que cette convention exorbitante de droit commun fût valable. La faculté d'ameublir ses héritages jusqu'à concurrence de ce qui lui manquait pour parfaire son apport à la communauté avait été donnée au mineur par l'usage. C'est, d'après Pothier, la juris-

prudence qui l'a établi. La raison en est, dit cet auteur, qu'étant de l'intérêt public que les mineurs se marient, on doit leur permettre les conventions qui sont ordinaires dans les contrats de mariage. Or, ajoute-t-il, c'est une convention des plus ordinaires dans les contrats de mariage que les parties fassent, de part et d'autre, un apport proportionné à leurs facultés pour composer la communauté. Il fallait donc permettre cette convention au mineur assisté de son tuteur.

En somme, l'apport du mineur était limité au tiers de sa fortune et devait s'imputer d'abord sur ses meubles; ce n'est que subsidiairement et avec l'assistance de son tuteur ou de son curateur, qu'il pouvait consentir un ameublissement jusqu'à concurrence de ce tiers.

7. — La même règle devait s'appliquer au prodigue qui ne pouvait consentir des conventions matrimoniales exorbitantes du droit commun.

C'est ainsi qu'en Normandie, où la coutume permettait au mari de consigner la dot sur ses immeubles, le prodigue ne pouvait consentir cette consignation sans l'assistance de son curateur.

La consignation donnait à la femme le droit de reprendre sa dot sur les biens du mari. Elle avait en outre le droit de prendre sa part des conquêts faits par son mari pendant le mariage.

Cette coutume, spéciale à la Normandie, conférait

à la femme des droits excessifs contre lesquels les meilleurs esprits réclamaient. C'est à cause des droits ainsi concédés à la femme que le prodigue ne pouvait sans l'assistance de son curateur consigner la dot sur ses immeubles. Il aurait ainsi investi sa femme des droits excessifs contre lesquels on protestait, et bien évidemment une pareille clause excédait sa capacité (1).

B. — *Clauses permises aux incapables.*

8. — Les clauses qui n'emportaient pas aliénation étaient permises aux mineurs aussi bien qu'aux prodigues et aux faibles d'esprit.

Lebrun, examinant différentes hypothèses, s'est demandé si un mineur, particulièrement une femme, ayant consenti dans son contrat de mariage, sans l'intervention de ses proches, une exclusion de communauté, et renonçant ainsi à un bénéfice éventuel au cas où l'association conjugale serait prospère, pouvait être relevé de cette disposition de son contrat. La négative s'imposait. Il en était de même

(1) Basnage, *Cout. de Normandie*, t. I, p. 541. Basnage proteste le premier contre cette disposition de la coutume. Il dit que le législateur s'est absolument éloigné des principes qu'il avait établis partout ailleurs. Son intention, dit-il, a été généralement de modérer le droit des femmes et de ne pas les enrichir des dépouilles de leur mari. C'est pour cette raison qu'on n'admettait pas en Normandie le régime de la communauté légale. Cependant la consignation de la dot pouvait en Normandie donner aux femmes des droits plus étendus que ceux de la femme commune en biens.

lorsqu'un partage inégal de la communauté avait été stipulé. Ce n'étaient point là en effet des aliénations, mais des façons différentes de contracter. Il en était surtout ainsi pour l'exclusion de communauté où la femme mineure renonçait à un droit casuel et à un événement incertain. Lebrun ajoute que cette clause était d'autant moins exorbitante que certaines coutumes autorisaient expressément l'exclusion de communauté.

9. — La disposition par laquelle un mineur consentait à ce que le survivant gagnât les meubles et conquêts n'était pas davantage considérée comme extraordinaire; elle était par conséquent permise. Aussi, les héritiers d'un mineur qui avait inséré cette clause dans son contrat ne pouvaient pas s'en faire relever. La raison en était qu'une pareille convention ne comprenait que les fruits du travail du mineur et non ses propres. Elle était d'ailleurs réciproque et pouvait être aussi avantageuse au mineur qu'à son conjoint. Aussi bien n'y avait-il là rien qui ressemblât à une donation. A cet égard, Lebrun cite, d'après Louët, *lettre* D, *Somm.* 24, un arrêt du 18 mai 1602, ayant jugé qu'une disposition de ce genre n'était pas sujette à insinuation entre majeurs. Ce n'était donc pas une donation; le mineur n'aliénait donc rien. Il pouvait en conséquence y consentir et il ne pouvait, ainsi que ses héritiers, s'en faire relever.

De même, un don fait à la femme pour tout droit de communauté n'était pas considéré comme une donation ordinaire ; il n'était pas sujet à insinuation (1).

Aussi, un pareil avantage pouvait être constitué à la femme par un mari mineur sans l'assistance de ses parents et sans décret du juge, en vertu de son contrat de mariage.

10. — Pour compléter l'étude de l'étendue d'application de la règle formulée par Du Moulin, il nous paraît intéressant d'examiner la question de savoir si les époux mineurs communs en biens pouvaient se faire don mutuel des conquêts de communauté dans leur contrat de mariage.

En ce qui concernait ces conquêts, Pothier (2), dans sa discussion, suppose que la donation intervient pendant le mariage. Mais il suppose aussi, dans un autre passage (3), qu'elle a été faite par contrat de mariage. En effet, dit-il, la caractéristique de ce don fait par contrat de mariage est qu'il est irrévocable, car, le révoquer, serait changer les conventions matrimoniales qui sont immuables.

Ce que nous venons de dire laisse à entendre qu'il était permis. C'était une donation de biens à venir, puisqu'il s'agissait des conquêts dont la commu-

(1) Chopin, *Cout. de Paris*, liv. II, tit. 3, n° 17.
(2) Pothier, *Œuvres complètes*, éd. Bugnet, t. VII, p. 511, n° 158.
(3) Pothier, *op. cit.*, p. 500, n° 136.

nauté devait s'enrichir. Pothier expose la controverse.

La raison de douter de la validité d'une pareille convention, dit-il, est que les lois ne permettent pas aux mineurs d'aliéner leurs immeubles. Ils ne peuvent pas même aliéner l'usufruit. Néanmoins, il a prévalu que les mineurs étaient capables de se constituer un avantage de ce genre. C'est, dit Pothier, l'avis de Du Moulin. Il en donne cette raison que c'est une convention également favorable aux deux époux. Elle ne contient point une aliénation et rend meilleure la condition des conjoints : « *est negotium utrique utile, non continens alienationem sed meliorem conditionem.* » Les lois, en effet, qui défendaient aux mineurs l'aliénation de leurs héritages supposaient qu'ils feraient en les aliénant un acte qui leur porterait préjudice. Au contraire d'un acte de cette nature, le don mutuel comportait des avantages réciproques et n'offrait aucun danger. Pothier ajoute qu'à son époque cela n'est plus révoqué en doute. Il cite à ce sujet, d'après Ricard (ch. 5, sect. 4, n° 204), plusieurs arrêts des 24 avril 1563, 11 février 1620, 25 mai 1625, 14 août 1665.

La solution était la même en ce qui concernait les prodigues interdits. L'interdiction n'était faite qu'en faveur de l'interdit. Elle n'avait qu'un but, l'empêcher de consentir des actes qui auraient rendu sa condition pire. Mais le don mutuel, comprenant les

conquêts immeubles qui pouvaient advenir à la communauté, constituait un avantage réciproque pour les conjoints, et l'interdit en était évidemment capable (1).

11. — En était-il de même en ce qui concernait les héritages propres des mineurs et des interdits? Lebrun nous dit que la question se posait particulièrement dans la coutume de Blois. Il signale à ce sujet une note de Du Moulin sur l'art. 161 de cette coutume. Cet article permettait aux futurs époux roturiers de se donner l'un à l'autre, par leur contrat de mariage, leurs meubles et conquêts immeubles, *et la moitié de leurs héritages patrimoniaux*, sauf réversion au cas où le survivant mourrait sans enfant.

Cette disposition de la coutume devait-elle s'entendre seulement des majeurs? Fallait-il aussi l'étendre aux mineurs et, d'une façon générale, à tous les incapables? Du Moulin n'hésitait pas à répondre que cette convention n'avait rien d'extraordinaire ; qu'elle ne devait point être considérée comme exorbitante du droit commun. Il fallait donc l'étendre à tous ceux qui contractaient mariage, même s'ils étaient mineurs : « *Etiamsi sint minores viginti quinque annis*, » dit-il. Cet auteur en donne la raison suivante : « *non enim solent feminæ expectare annum viginsimum quintum, antequam sub hac conditione*

(1) Pothier, tome VII, p. 511, n° 199.

nubant. » Il y avait donc là une clause ordinaire des contrats de mariage ; à ce titre elle devait être permise aux incapables.

Sans doute, mais il est impossible de croire que cette clause pouvait être insérée dans les contrats de mariage de l'incapable, sans l'autorisation requise pour la validité d'une clause du contrat de mariage emportant donation. Cela devait être vrai surtout en ce qui touchait les biens patrimoniaux, objet d'une si grande considération à cette époque et plus tard encore jusqu'à nous, ou tout au moins jusqu'à la rédaction de notre Code civil. D'Argentré, du reste, sur l'art. 220 de la coutume de Bretagne, glose 2, avait critiqué la décision de Du Moulin. Il disait que la capacité de donner ne dépendait pas de la disposition que l'on avait pour le mariage, appliquant ainsi dans la mesure où elle doit être entendue la règle « *habilis ad nuptias*... » formulée par Du Moulin lui-même. Cette règle, nous le savons, ne permettait point aux mineurs une donation, c'est-à dire un appauvrissement certain. A plus forte raison devait-il en être ainsi lorsqu'il s'agissait de biens patrimoniaux.

12. — Lebrun fait remarquer assez justement que le don de la moitié de ses propres, consenti par exemple par une mineure, n'offre aucun inconvénient lorsque son futur époux consent aussi donation de la moitié des siens. Il y a là une réciprocité

d'avantages, et ce don mutuel ne présente aucun danger. Mais Lebrun n'autorise une pareille convention que si l'incapable contracte en présence de ses parents qui constitueront ainsi un avis de famille et pourront peser les avantages et les inconvénients de la clause dont il s'agit.

En ce qui touchait les meubles et les conquêts immeubles, l'avis de Du Moulin ne saurait être critiqué. C'est ce que dit aussi Pothier : « Le don mutuel, lorsqu'il est fait par le contrat de mariage, fait partie des conventions du mariage (1). » Pothier, bien entendu, voulait parler dans ce passage du don de meubles ou de conquêts de communauté. Nous avons examiné plus haut la valeur d'un pareil don.

La note de Du Moulin, d'après Lebrun, est simplement erronée en ce qu'elle semble permettre le don mutuel de la moitié de leurs biens patrimoniaux consenti par des mineurs, sans la présence de leurs parents. A ce titre, d'Argentré a pu la critiquer en disant que la capacité de se marier n'entraînait pas celle de donner ; aussi, fallait-il apporter à l'avis de Du Moulin ce tempérament que la donation mutuelle de la moitié de leurs propres par des mineurs ne pouvait avoir lieu qu'au cas où les mineurs auraient contracté du consentement et avec l'assistance de leurs plus proches parents.

(1) Pothier, *op. cit.*, t. VII, p. 500, n° 136.

13. — En somme, les conventions qui entraînaient une aliénation de ses biens ne pouvaient être consenties par un mineur, un faible d'esprit ou un prodigue dans son contrat de mariage, s'il n'était assisté de ses proches parents ou si un décret du juge n'était intervenu pour le lui permettre.

Les incapables ne pouvaient alors consentir des donations. Ils ne pouvaient pas davantage ameublir plus du tiers de leurs immeubles ; encore fallait-il pour cela que leurs meubles ne fussent pas suffisants pour constituer à eux seuls leur apport à la communauté. A plus forte raison, la communauté de tous biens qui entraînait l'ameublissement général de la fortune des incapables ne leur était pas permise.

En ce qui concerne le prodigue en particulier, nous savons, d'après Basnage, qu'il ne pouvait consigner la dot de sa future épouse sur ses biens patrimoniaux (1).

Ces conventions étaient regardées comme extraordinaires, exorbitantes du droit commun.

14. — Mais, par contre, toutes les conventions qui ne comportaient point de donation de la part des incapables, qui n'étaient point une aliénation de leur patrimoine, étaient ordinaires et par suite permises à ces incapables. A cet égard, ils étaient capables de contracter sans aucune restriction, du

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Prodigue*, § V.

moment qu'ils étaient capables de se marier. L'assistance des proches parents de l'incapable ou le décret du juge devenait inutile pour ces clauses qui ne sortaient point des conventions ordinaires. Aussi, les conventions qui comportaient un avantage casuel, mais réciproque pour les deux époux, étaient dans cette catégorie. De même, l'exclusion de la communauté, qui était le régime de droit commun dans certaines coutumes (1), pouvait être stipulée par les mineurs, les prodigues ou les faibles d'esprit. L'ameublissement, si dangereux qu'il fût, parce qu'il pouvait aboutir à une complète aliénation de l'héritage ameubli, était lui-même permis au mineur par la jurisprudence. Il était en effet ordinaire que les deux époux fissent des apports à la communauté et lorsque le mineur n'avait pas assez de meubles pour parfaire cet apport, il était naturel qu'il ameublît ses héritages jusqu'à concurrence de ce qui lui manquait. L'autorisation de son tuteur était, du reste, une garantie suffisante.

La stipulation, faite au profit du survivant, du gain de tous les meubles et conquêts, l'attribution à la femme mineure d'une certaine somme d'argent pour tous droits de communauté, rentraient aussi dans la catégorie des clauses permises aux incapables. Elles ne les appauvrissaient pas et ne dimi-

(1) Amiens.

nuaient en rien leur fortune patrimoniale; elles étaient conformes au droit commun; elles n'étaient pas extraordinaires. C'est pourquoi la maxime : *habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia*, a pu être complétée de la façon suivante : *habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta omnia et renuntiationes quæ apponi in talibus solent*.

Nous avons vu quel était le champ d'application de cette maxime; il est certain que les incapables ne pouvaient, dans leur contrat de mariage, insérer sans l'assistance de leurs parents ou sans un décret du juge une clause les appauvrissant d'une façon immédiate et certaine ou compromettant leurs biens patrimoniaux, même lorsqu'il y avait donation réciproque.

Quel était le sort des conventions consenties à l'encontre de cette règle? Que devenaient les contrats de mariage où se trouvaient insérées par des incapables non autorisés des clauses exorbitantes? Quelle était en un mot la sanction de la règle : *habilis ad nuptias*... entendue comme nous l'avons fait?

SECTION II

Sanction de la règle « *habilis ad nuptias...* »

§ 1er. — L'incapable pouvait se faire restituer. Les conventions exorbitantes du droit commun étaient réduites.

15. — Lorsqu'un mineur avait, dans son contrat de mariage, inséré quelque clause désavantageuse, en dehors de sa capacité ordinaire, il pouvait s'en faire relever pour cause de minorité. La convention était nulle.

Nous ne trouvons point, dans nos anciens auteurs, de théorie générale des nullités. Pothier cependant en a esquissé une. Certaines nullités, dit-il, ont lieu de plein droit. Cela arrive lorsqu'elles sont prononcées par quelque coutume ou quelque ordonnance. La partie qui s'en prévaut peut les invoquer en tout état de cause, même en appel, jusqu'à la sentence définitive. Le juge, lorsqu'il constate le bien fondé de la prétention de cette partie, doit déclarer nul l'acte argué de nullité.

Lorsqu'un acte n'était pas nul de plein droit et que la partie, qui avait contracté par cet acte se trouvant lésée, avait quelque juste cause pour se faire restituer contre son obligation, elle et ses héritiers pouvaient se pourvoir par lettres de rescision contre cette acte pour le faire rescinder et se

faire remettre en l'état où ils auraient été, si l'acte n'eût pas été passé. Il y avait là une véritable *restitutio in integrum* (1).

Disons dès maintenant que, sous l'empire de notre Code civil, toute distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision a disparu. Cependant, il est resté quelque chose de cette distinction et l'action en rescision indique plus particulièrement que le moyen de nullité invoqué est la lésion.

16. — Observons que Pothier indique deux conditions pour qu'il y ait lieu à rescision : une juste cause de rescision et une lésion. Pour les mineurs, la juste cause de rescision est le fait d'avoir contracté en l'état de minorité ; il faut encore qu'ils soient lésés. Notre auteur donne un certain nombre d'exemples de lésion. Ainsi, dit-il, un mineur ou son tuteur pour lui a accepté une succession ou l'a répudiée.

Il est restituable contre cette acceptation ou cette répudiation si elles lui sont désavantageuses. De même, le mineur est restituable contre un cautionnement, contre une transaction, contre un emprunt de sommes qui n'auraient pas tourné à son profit..., etc... Le mineur était restitué contre un acte non seulement lorsqu'il en avait souffert quelque diminution de son patrimoine, mais encore lorsque cet acte l'empêchait d'acquérir un bénéfice. On considérait

(1) Pothier, *Traité de la procédure civile*, p. 348.

même que le mineur était lésé lorsqu'il se soumettait à des discussions ou à des embarras.

Dans toutes ces hypothèses, il pouvait avoir recours à l'autorité du prince et demander des lettres de rescision. Ces lettres s'obtenaient dans les chancelleries des Parlements ou même des présidiaux, lorsque la matière était dans le cas de l'édit des présidiaux.

17. — Au point de vue qui nous occupe, toutes les clauses du contrat de mariage d'un mineur qui ne rentraient pas dans la catégorie des conventions matrimoniales ordinaires étaient considérées comme dangereuses pour le mineur. Il était lésé par le seul fait qu'il avait consenti l'insertion de ces clauses et il pouvait être restitué contre elles. Nous avons examiné quelles clauses étaient ordinaires et par conséquent permises ; quelles autres, au contraire, étaient considérées comme exorbitantes et interdites aux mineurs. Par cet examen, nous avons déterminé la portée de la règle qu'avait exprimée Du Moulin : « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta omnia et renuntiationes quæ apponi in talibus solent* » ; nous venons de voir que la sanction de cette règle était que le mineur pouvait se faire restituer contre les conventions extraordinaires par lesquelles il était censé lésé.

18. — Que devenaient les conventions matrimoniales du prodigue interdit, qui avait constitué à son conjoint des avantages exorbitants ? Nous avons

déjà indiqué d'après Basnage que le prodigue interdit ne pouvait consigner sur ses immeubles la dot apportée par sa femme. La raison en était que la consignation avait des conséquences excessives contre lesquelles les meilleurs esprits protestaient. Elle était d'ailleurs spéciale à la Normandie, pays de dotalité.

Mais la question de savoir si on pouvait contester l'effet des conventions qui avaient précédé le mariage d'un prodigue se présentait d'une façon générale. Pouvait-on laisser la femme d'un prodigue interdit jouir de tous les avantages que ce prodigue lui avait promis par contrat de mariage ou même qui lui seraient accordés par la coutume du lieu ?

19. — Voët (1), d'après Merlin (2), était d'avis que le mariage d'un prodigue interdit ne donnait lieu à aucun des avantages résultant de la communauté légale. En effet, disait-on dire que le prodigue interdit est marié sous le régime de la communauté, c'est lui permettre d'aliéner ou de grever son bien par la voie du mariage, alors qu'il ne peut le faire directement.

Mais on considérait généralement et avec raison, semble-t-il, qu'il y avait dans cette solution une certaine dureté qui devait la faire écarter.

Elle était aussi très inconséquente. Permettre en

(1) Voët, *sur le Digeste*, livre 23, titre I.
(2) *Répertoire*, v° *Prodigue*, § 5.

effet au prodigue de se marier et lui refuser le droit d'assurer à son conjoint les avantages que ce dernier est en droit d'attendre de lui, étant donnée sa condition, c'est se contredire et lui refuser en réalité le droit de contracter mariage. Nous verrons cet argumenter produit dans les controverses modernes, à propos du contrat de mariage du prodigue.

20. — La vérité était que lorsque le prodigue avait accordé à son conjoint des avantages plus considérables que sa condition ne semblait le permettre, les conventions matrimoniales devaient être réduites par le juge sur le pied réglé par les coutumes des lieux ou autrement « ainsi qu'il se devait, par raison » (1). Merlin cite comme exemple la coutume de Douai, où la communauté universelle était le régime de droit commun. Dans cette coutume, lorsqu'un conjoint n'apportait pas l'équivalent de ce qu'apportait l'autre conjoint, on corrigeait par les conventions matrimoniales les effets de la coutume. Aussi, dit Merlin, il n'est point douteux qu'à Douai, lorsqu'un prodigue riche se mariait sans que sa femme apportât à la communauté une fortune égale à la sienne, on ne compensât ce défaut de fortune par quelque avantage réel.

On était fondé à demander la réduction des droits nuptiaux, conformément à l'usage le plus ordinaire et à la condition des parties.

(1) Merlin, *loc. cit.;* cf. Pascaud, *Revue critique,* 1892, p. 256.

En définitive, les avantages concédés par le prodigue étaient réduits suivant l'usage ou l'appréciation du juge à l'arbitraire duquel les parties étaient dans la nécessité de se soumettre.

§ 2°. — Quel était le régime matrimonial de l'incapable dont le contrat de Mariage avait été déclaré nul ?

21. — Voyons maintenant quel était le sort du contrat de mariage d'un mineur qui, invoquant la lésion et son état de minorité, s'était fait restituer contre les clauses extraordinaires de ce contrat. Quel était son régime matrimonial ? Fallait-il admettre la validité de toute la partie du contrat qui n'était pas considérée comme devant entraîner une lésion pour le mineur et la laisser subsister ? Fallait-il au contraire dire que le contrat était nul tout entier et, dans ce cas, à quel régime matrimonial étaient soumis les époux dont l'un avait demandé à être restitué contre les conventions interdites, et que nous avons passées en revue ?

Lebrun examine la question dans son *Traité de la Communauté* (1). Il suppose une femme mineure qui a contracté une communauté de tous biens. Évidemment, il y a là une convention extraordinaire dont cette femme peut se faire relever. C'est un ameublissement excessif et nous savons qu'un mineur ne pouvant faire entrer dans la communauté que le

(1) Pages 39 et suiv.

tiers de ses biens alors même qu'il s'agit de meubles, ne peut ameublir de ses immeubles que ce qui est nécessaire pour parfaire ce tiers, au cas où sa fortune mobilière ne serait pas suffisante.

22. — A supposer que la communauté de tous biens établie par le contrat de mariage de la femme mineure soit venue à se dissoudre par la mort du mari, cette femme s'étant fait relever de la convention exorbitante qu'était l'ameublissement de tous ses biens patrimoniaux, les héritiers du mari pouvaient-ils soutenir que cette femme n'avait pas même droit à une communauté à l'ordinaire?

Il y avait controverse.

Pour soutenir qu'il n'y avait pas communauté, on disait qu'en matière de stipulations, ou bien il ne fallait pas les exécuter du tout, ou bien il fallait les exécuter dans leur entier. En outre, dès que les conjoints ont stipulé une communauté, on ne doit plus considérer la communauté légale qui n'a été établie par la loi que pour le cas où les conjoints n'avaient pas manifesté leur volonté. Dès que cette volonté s'est traduite, on ne doit plus considérer qu'elle. Or lorsque les parties ont stipulé la communauté de tous biens, il est évident qu'elles ont voulu écarter la communauté légale, et rien ne prouve que, leur convention venant à disparaître parce qu'un des époux s'en est fait relever, ce soit la communauté légale qui doive remplacer leur régime matrimo-

nial primitif. Aussi, Chopin était d'avis sur cette question que les héritiers du mari étaient fondés à donner le choix à la femme qui avait contracté en état de minorité, ou de n'avoir point de communauté ou d'en avoir une telle qu'elle avait été stipulée dans le contrat de mariage (1). C'était aussi l'avis de Ragueau (2). La question fut du reste ainsi jugée par un arrêt rapporté dans Papon livre 15, titre 2, arrêt 2. Il s'agissait dans cette espèce d'une clause de communauté universelle qui avait été déclarée nulle par sentence du présidial de Moulins, en faveur des héritiers d'une femme mineure ; mais il avait été jugé qu'il y avait communauté pour les meubles et acquêts. Le mari fit appel de cette sentence et il fut dit par l'arrêt qu'en conséquence des lettres de rescision obtenues par les héritiers de la femme, il n'y avait aucune communauté.

23. — Pour soutenir au contraire qu'il y avait communauté, les raisons invoquées étaient les suivantes. Tout d'abord, ce qu'il y avait d'excessif dans la convention envisagée ne pouvait vicier le contrat tout entier et demeurait seulement susceptible de réduction. La communauté conventionnelle ôtée, il restait toujours la communauté légale. On pouvait en cette matière raisonner par analogie de ce qui avait lieu lorsque quelqu'un avait disposé de ses propres au

(1) Chopin, *Cout. de Paris*, liv. II, tit. I, n° 25.
(2) Ragueau, *Cout. de Berry*, art. 3, tit. 8.

delà de ce qui lui était permis. Il n'y avait que ce qui était excessif qui fût sujet au retranchement des réserves coutumières; la disposition subsistait pour le surplus.

Dans une conférence au Palais, on fut généralement d'avis que la communauté légale devait remplacer le régime disparu. Elle devait comprendre les meubles et les conquêts du conjoint qui avait invoqué sa minorité pour se faire relever de la communauté universelle. S'il n'avait pas de meubles, cette communauté devait englober le tiers de ses propres. On prétendit même que l'usage était tel. Les ameublissements excessifs consentis par les mineurs, mais qui n'allaient pas jusqu'à la communauté de tous biens, étaient en effet réduits sans qu'on s'avisât de contester au mineur tout droit de communauté.

24. — L'avis de Lebrun est que l'époux mineur qui s'est fait relever de la communauté de tous biens avait droit à la communauté à l'ordinaire.

Sans doute, dit-il, les considérations qu'on fait valoir pour refuser toute communauté sont d'un grand poids. Si, en effet, considérant un ameublissement excessif consenti par un mineur, on permet à cet époux mineur ou à ses héritiers de demander la réduction de cet ameublissement, l'autre conjoint ou ses héritiers pourront demander que tout ameublissement soit révoqué, nonobstant l'usage constant qui permet d'ameublir dans certaines conditions

jusqu'au tiers des propres. Si bien que, lorsque l'époux mineur voudra *résilir* d'une partie de la communauté au mépris des stipulations du contrat de mariage, pourquoi son conjoint ou ses héritiers ne seraient-ils pas reçus à demander la disparition de toute communauté ? Enfin, au regard de la femme, lorsque le contrat de mariage contenant communauté de tous biens est fait en la manière ordinaire, avec faculté pour la femme de reprendre son apport franc et quitte et de renoncer à la communauté, « cette femme a encore moins de raisons de vouloir *résilir* d'une partie de son établissement de communauté pouvant renoncer, et si elle n'a pas stipulé la reprise, elle est encore peu favorable quand elle veut profiter d'une communauté où il faut nécessairement présupposer qu'il y a du gain et qu'elle y trouve ses avantages et qu'elle en veut néanmoins retirer ses propres ou la meilleure partie, quoique la famille ait prétendu les faire entrer en compensation de l'industrie du mari (1). »

Malgré ces raisons ajoutées à l'avis de Chopin et de Ragueau, Lebrun accorde au conjoint qui, dans notre hypothèse, s'est fait relever de son contrat de mariage, une communauté à l'ordinaire. L'équité, dit-il, commande cette solution. On ne peut admettre qu'une femme mariée en minorité soit réduite à n'avoir point du tout de communauté ou à y faire

(1) *Traité de la Comté*, n° 47.

entrer tous ses propres. Du reste, la communauté universelle n'est qu'un ameublissement excessif. Or, l'usage constant est qu'un ameublissement de ce genre doit seulement être réduit. Cet usage juge la question.

25. — Que se passait-il en définitive ? D'après les règles que nous avons posées, l'époux mineur qui avait le droit de se marier sous le régime de la communauté ordinaire voyait survivre cette communauté aux lettres de rescision qu'il avait obtenues du prince. Son apport à la communauté avait été constitué par le tiers de ses biens en meubles. Mais s'il n'avait pas de meubles ou s'il n'en avait pas assez pour constituer un apport équivalent au tiers de sa fortune, l'ameublissement universel qu'il avait consenti devait être réduit des deux tiers à la suite des lettres de rescision ou encore de telle sorte que son apport mobilier insuffisant fût complété par un apport en immeubles ameublis.

26. — Nous croyons avoir déterminé quelle était dans notre ancien droit la portée de la règle formulée par Du Moulin. Toute personne habile à contracter mariage pouvait aussi faire toutes les conventions qui précédaient ordinairement le mariage. Nous avons vu quelles conventions étaient ordinaires, quelles autres, au contraire, étaient exorbitantes. Les avantages exorbitants concédés par l'incapable à son conjoint étaient réduits ; les époux étaient

mariés sous le régime de la communauté légale.

Voyons maintenant si le Code civil a complètement suivi notre ancienne jurisprudence et quelle application il a faite de la règle « *habilis ad nuptias...* »

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Du contrat de mariage du Mineur

SECTION I

L'article 1398 du Code civil déroge au droit commun. — Cette dérogation doit-elle approuvée?

27. — Une des conditions essentielles de la validité du contrat de mariage est que les époux soient capables de se marier. Le contrat de mariage ne vaut, en effet, que si le mariage le suit; ce contrat est donc par ce fait subordonné au mariage lui-même. Mais les futurs époux doivent avoir en dehors de la capacité spéciale requise pour le mariage, la capacité générale de contracter. Cette capacité est nécessaire pour la perfection des conventions matrimoniales et la validité des donations qui pourraient être contenues dans le contrat de mariage.

28. — On peut dire sans difficulté que, seules, les personnes majeures et maîtresses de leurs droits

peuvent rédiger librement ce contrat. Nous avons à examiner la situation que le Code civil a faite aux autres. Ces personnes généralement incapables de contracter sont : le mineur, la personne pourvue d'un conseil judiciaire, celle qui est atteinte d'aliénation mentale, interdite ou non.

Pour ces deux dernières classes d'incapables, le prodigue et le dément, nous croyons sans hésiter que leur capacité en matière de contrat de mariage est déterminée par les principes du droit commun. Il résulte au contraire de l'art. 1398 du Code civil qu'une situation particulière est faite au mineur. Cet article, en effet, déclare, comme nous l'avons déjà vu, que les conventions matrimoniales et les donations faites par contrat de mariage, en un mot toutes les dispositions qui trouvent ordinairement place dans ce genre de contrat, sont valables, à cette condition que le mineur « ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage ». L'art. 1309 contient une disposition analogue concernant les conventions matrimoniales. Quant aux donations, l'art. 1095 décide que le mineur pourra donner « tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint », toujours sous la même condition d'assistance.

29. — Ces trois articles forment un système qui nous paraît avoir les deux caractères généraux suivants :

1° Le mineur habile à contracter mariage est aussi capable qu'un majeur pour toutes les conventions matrimoniales et pour les donations qui peuvent être faites par un contrat de mariage ;

2° Cette capacité est restreinte par la nécessité de l'assistance requise par la loi et qui doit émaner des personnes dont le consentement est exigé pour la validité du mariage.

La situation du mineur, par suite de cette restriction, diffère donc considérablement de celle du majeur qui peut rédiger son contrat de mariage sans aucune assistance, dès lors qu'il peut se marier.

30. — Les dispositions relatives au mineur, et que nous avons reproduites, contiennent une grave dérogation au droit commun. Cette dérogation apparaît surtout en ce qui concerne les donations que le mineur fait par contrat de mariage. Dans ce contrat, il peut donner à son conjoint tout ce qu'il pourrait lui donner s'il était majeur. Cette disposition de la loi n'est peut-être pas à l'abri de toute critique.

D'après le droit commun, le mineur, même assisté de son tuteur, ne peut rien donner (art. 903 C. civ.). Il semble par suite étrange qu'il puisse disposer de tous ses biens par contrat de mariage. Cette faculté donnée au mineur n'est certainement pas sans danger. Sans doute, l'assistance des personnes qui doivent consentir à son mariage constitue une sauvegarde ;

mais cette protection sera-t-elle toujours suffisante? Il y a lieu de s'en défier dans certaines hypothèses. La célébration du mariage peut dépendre du consentement d'un vieillard devenu incapable de discuter les intérêts pécuniaires du mineur; d'une femme inexpérimentée.

Elle peut dépendre du père excusé ou, ce qui est plus grave, destitué de la tutelle et cependant ce sera lui qui réglera le sort de la fortune du mineur, dans le mariage qu'il va contracter. Ces protecteurs, la plupart du temps bien intentionnés, sans doute, seront-ils capables de signaler au mineur tous les inconvénients de telle ou telle clause du contrat de mariage et surtout de le protéger contre des intentions libérales souvent provoquées et entretenues par l'autre partie ?

La protection du tuteur eût été certainement plus efficace. Il est vrai que son intervention aurait pu faire dépendre de sa volonté le sort du mariage lui-même, alors cependant que, pour le mariage, il n'a pas à donner son consentement, tout au moins en tant que tuteur. Remarquons toutefois que cette objection ne saurait avoir plus de valeur que celle qui est produite contre l'intervention du conseil judiciaire du prodigue, et celle du tuteur de l'interdit, à propos du contrat de mariage de ces incapables, et que nous trouverons formulée dans une controverse que nous aurons à exposer.

31. — Quoi qu'il en soit, en notre matière, la loi a dérogé au droit commun en ce qui concerne le mineur. On a expliqué cette dérogation par la nécessité qu'il y a de favoriser le mariage des mineurs. Beaucoup d'époux, particulièrement les femmes, n'attendent pas leur majorité pour se marier. Capables de se marier avant vingt et un ans, il est naturel qu'ils aient la capacité parallèle d'établir dans leur contrat de mariage et d'une manière accessoire le régime auquel seront soumis leurs biens. Ils doivent aussi pouvoir consentir des avantages à leur conjoint, d'autant plus que ces avantages seront souvent réciproques. Interdire aux mineurs de faire des donations par ce moyen aurait pour inconvénient grave de les empêcher d'en recevoir. Du reste, s'il est vrai que le mineur agit en son nom personnel et discute lui-même ses intérêts lors de la rédaction du contrat de mariage, il ne faut pas oublier qu'il ne peut agir sans assistance.

Dans son rapport au Corps législatif, le tribun Siméon justifiait ces dispositions de la manière suivante : « Comme il n'y a pas de minorité pour le mariage, il n'y en a pas pour les conventions qui en sont l'accessoire. Il serait étrange que celui qui dispose de sa personne ne pût pas, dans cette occasion, disposer de ses biens. L'autorisation du tuteur ou des parents qui consacre son engagement suffit à plus forte raison pour en affermir les pactes, et

exclure tout regret et toute restitution (1) ».

Le mariage, disait Troplong, exige une capacité physique ; il exige aussi une prudençe plus grande et une capacité plus étendue que les autres contrats. Si donc la loi reconnaît que le mineur est capable de se marier, elle le reconnait par cela même capable de faire tous les contrats qui conviennent au mariage. D'autre part, la faveur du mariage doit être prise en considération. Enfin le mariage rend certainement l'homme « plus prudent et plus sage ». Il se sent dès lors en présence de devoirs graves et ce sentiment le met à l'abri des passions dissipatrices. La raison acquiert une fermeté prématurée (2).

32. — Toutes ces considérations ne manquent pas de valeur. Cependant elles ne répondent pas d'une manière péremptoire, selon nous, au grave inconvénient que nous avons signalé,à savoir : qu'une personne considérée comme incapable de donner d'après le mot de Laurent « un centime à un étranger ou à un proche parent, puisse disposer de toute sa fortune au profit d'un conjoint (3) ».

Il nous semble que les auteurs du Code civil ont surtout voulu reproduire pour le mineur la règle « *habilis ad nuptias...* » sans en pénétrer exactement la portée et en lui donnant un sens nouveau.

(1) Fenet, tome XIII, p. 811.
(2) Troplong, *Contrat de Mariage*, t. I, p. 317.
(3) Laurent, *Principes*, t. XXI, nº 41.

33. — Rappelons en quelques mots le sens qu'avait cette règle dans notre ancien droit ; nous verrons ensuite comment l'ont entendue les rédacteurs du Code civil.

Nous savons que, dans notre ancienne jurisprudence, cette règle signifiait que le mineur habile à contracter mariage pouvait aussi consentir dans son contrat toutes les conventions *ordinaires* du contrat de mariage. Il pouvait se marier sous le régime de la communauté légale et *à fortiori* sous le régime exclusif de communauté. Il pouvait stipuler un partage inégal de communauté, même à son désavantage ; il ne renonçait ainsi en effet qu'à un droit casuel. Mais un mineur ne pouvait pas consentir une communauté universelle, ou même faire entrer dans la communauté plus du tiers de ses biens ; ces conventions étaient extraordinaires et partant interdites. Il en était de même d'une donation excessive, d'un ameublissement exagéré, d'un douaire exorbitant. Le mineur était, nous l'avons vu, restituable contre tous les pactes extraordinaires qu'il avait consentis et le juge avait pouvoir pour réduire, suivant son appréciation, les avantages exagérés qu'il avait concédés à son conjoint.

Voyons maintenant quelle application les auteurs du Code civil ont faite de la règle indiquée.

SECTION II

Etendue de la dérogation et conditions d'application de l'article 1398

34. — Nous étudierons dans cette section : 1° l'étendue de la dérogation de l'article 1398 du Code civil ; 2° les conditions d'application du principe contenu dans cet article.

A. — *Etendue de la dérogation de l'article 1398.*

35. — L'art. 1398 étend la capacité du mineur habile à contracter mariage et dûment assisté à toutes les conventions et donations dont un contrat de mariage est généralement susceptible. Le mineur peut tout aussi bien que le majeur se soumettre aux régimes matrimoniaux contre l'établissement desquels il aurait été restituable sous l'ancienne jurisprudence. Il peut faire entrer dans la communauté non seulement ses meubles, mais encore ses propres immobiliers et choisir sans restriction, comme régime matrimonial, la communauté universelle. L'art. 1309 du Code civil, rappelant à ce sujet la sanction de notre ancien droit, l'écarte absolument en disant que « le mineur n'est point *restituable* contre les conventions portées en son contrat de mariage lors-

qu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ».

Pour les donations, nous avons, outre l'art. 1398, l'art. 1095 que nous avons déjà cité. A ce point de vue, avec le consentement et l'assistance déjà indiqués, le mineur est considéré comme s'il était majeur. Il peut faire des donations simples ou des donations réciproques. Nous savons que sur ce point dans notre ancien droit les donations réciproques de la moitié des propres patrimoniaux étaient permises au mineur par l'art. 161 de la coutume de Blois. Encore y avait-il controverse entre Du Moulin et d'Argentré. Ce dernier ne reconnaissait pas la validité de pareilles donations. Lebrun nous dit qu'elles étaient valables sous les conditions d'assistance et de consentement des parents des époux. Avec le Code civil les donations peuvent comprendre toute la fortune des époux donateurs ; il n'est plus nécessaire qu'elles soient réciproques. Cette faculté de disposer de sa fortune de la façon la plus entière en faveur de son conjoint est donnée au mineur assisté, non seulement en ce qui concerne les biens à venir mais encore pour les biens présents.

Elle ne comporte aucune restriction autre que celle qui est signalée par les articles 1398 et 1095 du Code civil. La faveur du mariage exigeait qu'il en fût ainsi. Le mineur se dépouille d'ailleurs irrévo-

cablement, l'immutabilité étant un des caractères des conventions matrimoniales.

36. — Examinons les pactes particuliers qui peuvent prendre place dans un contrat de mariage et demandons-nous s'ils sont permis au mineur.

Ainsi, étant donné qu'une femme, dans son contrat de mariage, peut stipuler que les biens dotaux seront aliénables, est-il permis à une femme mineure d'insérer une pareille clause dans son contrat de mariage ? Si l'affirmative est admise, cette femme peut-elle, dans le contrat, dispenser son mari d'observer, pour l'aliénation des immeubles dotaux, les formalités exigées pour la vente des biens de mineurs ?

On s'accorde aujourd'hui d'une façon à peu près unanime à dire que la femme mineure peut stipuler que ses immeubles dotaux seront aliénables. Peu de temps après la promulgation du Code civil et particulièrement dans les pays de droit écrit, où le régime dotal était surtout en faveur, on considérait l'inaliénabilité dotale comme d'ordre public. En conséquence, une femme, surtout si elle était incapable, ne pouvait stipuler que ses immeubles dotaux seraient aliénables.

Cette opinion ne peut se soutenir. Tout d'abord, il est certain que les époux, en choisissant le régime dotal, sont libres de n'en pas accepter toutes les conséquences. De plus, la stipulation que les immeubles

dotaux pourront être aliénés est formellement permise par la loi (art. 1557 C. civ.). Notre solution, généralement acceptée du reste, est conforme aux nécessités économiques avec lesquelles l'inaliénabilité dotale, il faut en convenir, n'est pas absolument d'accord. Cette inaliénabilité est nuisible à la liberté des transactions. La loi admet qu'elle n'est pas absolue ; il ne faut donc pas hésiter à dire que la stipulation dont il s'agit sera possible pour la fille mineure. Du reste, l'art. 1398 ne distingue pas. Il n'y aurait pas plus de raison, disent Aubry et Rau, pour soutenir que la femme mineure assistée dans les conditions de l'art. 1398 ne peut pas conférer à son mari le droit d'aliéner ses biens dotaux, qu'il n'y en a pour dire qu'elle ne peut modifier les effets ordinaires de la communauté légale. La jurisprudence et les auteurs sont d'accord sur ce point (1).

37. — Mais lorsqu'il s'agit de vendre des biens de mineurs, le Code civil organise une protection très étroite. La femme mineure pourra-t-elle confé-

(1) Agen, 25 avril 1831, Sirey, 31, II, 154 ; Riom, 3 nov. 1840. Sirey, 41, II, 17.

La Cour de cassation eut à se prononcer en 1847 sur la question qui nous occupe. L'arrêt de la Cour, qualifié par Troplong d'*anchora legum*, dit que la femme mineure peut conférer à son mari, par son contrat de mariage, les pouvoirs suffisants pour aliéner ses biens dotaux (12 janvier 1847. Sirey, 1847, I, 241 avec note Devilleneuve) Voir autorités et arrêts cités à la note.—*Adde :* Rodière et Pont, t. I, n° 41 ; Troplong, I, n°s 273 et 274 ; Aubry et Rau, t. V, § 502, note 25, p. 245 ; Guillouard, I, n° 306.

rer à son mari le droit de vendre ses immeubles dotaux sans observer les formalités de justice, alors qu'elle ne sera pas encore parvenue à sa majorité ?

Il y a lieu d'observer d'abord que les formalités prescrites par nos lois pour la vente des biens de mineurs sont d'ordre public et ces formes n'ont rien de commun avec les conventions matrimoniales. A ce double point de vue la femme mineure ne pourrait pas conférer à son mari le droit d'aliéner ses biens dotaux sans accomplir les formalités requises par la loi. L'opinion contraire prévaut à juste titre. Il y aurait en effet inconséquence d'après Aubry et Rau à conférer à la femme mineure une majorité anticipée en lui permettant de stipuler comme si elle était majeure l'aliénabilité de ses biens dotaux, pour la replacer en état de minorité lorsqu'il s'agirait d'exécuter cette clause du contrat de mariage (1).

Si la femme n'a pas formellement accordé à son mari le droit d'aliéner ses biens dotaux sans observer les formalités prescrites, l'aliénation serait encore possible, mais le mari devrait se conformer aux prescriptions de la loi relatives à l'aliénation des biens de mineurs (2).

(1) Cass., 12 janvier 1847. S. 47. I. 241 ; Troplong, I, n° 275 ; Aubry et Rau, t. V, § 502, p. 243, texte et note 26.— *Contrà :* Laurent, tome XXI, n° 28.

(2) Grenoble, 16 décembre 1848. Sirey, 49, II, 417 ; Aubry et Rau, V, § 502 texte et note 27, pp. 243 et suiv ; Laurent, t. XXI, n° 28. *Adde :* Dalloz, *Répertoire* et *Supplément*, v° *Contrat de mariage*, R. n° 3576 et S. n° 120.

38. — La femme mineure pourrait-elle donner à son mari le pouvoir de faire le partage définitif d'une succession dont elle serait héritière ? La question a été jugée dans le sens de l'affirmative par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 1847, que nous avons cité et la doctrine de cet arrêt nous paraît devoir être suivie. En l'espèce, une femme mineure avait, par contrat de mariage, donné à son mari le pouvoir « d'exiger ses biens, les gérer, administrer, liciter, traiter sur iceux, les vendre, céder, aliéner, aux prix, pactes et conditions qu'il jugerait les plus avantageux, *faire procéder à tout partage*, en fournir toutes quittances et décharges valables...etc. ». La Cour décida que toutes ces clauses étaient valables par application des art. 1398 et 1309 du Code civil. Un arrêt de Bordeaux du 25 janvier 1826 avait jugé le contraire (1).

Il a été encore jugé que si des parents font dans le contrat de mariage de l'un de leurs enfants le partage de leurs biens entre ces derniers, la libéralité qui résulte de cette donation-partage peut être acceptée par l'époux en faveur duquel elle est faite bien qu'il soit mineur et contrairement dès lors au principe de l'art. 935 du Code civil. A l'égard des autres enfants, cette donation-partage est soumise aux règles ordinaires (2).

(1) Dalloz, *Répertoire*, v° *Contrat de mariage*, n° 453.
(2) Lyon, 30 nov. 1874. Dalloz, 77, II, 212, et Guillouard, I, n° 307.

39. — C'est dans les limites que nous venons de tracer que s'étend la dérogation contenue dans l'art. 1398 du Code civil. Nous n'avons examiné que des conventions qui peuvent trouver place dans un contrat de mariage en vue du mariage et qui ont avec lui un rapport étroit. En ce qui les concerne, le mineur assisté dans les conditions de la loi doit être considéré comme s'il était majeur. Au contraire, si des conventions étrangères au contrat de mariage étaient insérées dans un pareil contrat fait par un mineur, nous retomberions quant à elles sous l'empire du droit commun. Ces conventions seraient nulles pour incapacité du conjoint mineur.

C'est ainsi qu'on ne saurait admettre, par exemple, que le futur époux mineur pût vendre ses immeubles à des tiers, transiger ou compromettre avec eux sur un procès, contracter une société civile ou commerciale, faire des emprunts..., etc. Tous ces actes, interdits au mineur et n'ayant point pour objet soit de faciliter le mariage, soit de régler les droits respectifs des époux quant à leurs biens, sont en dehors des actes protégés par l'art. 1398 du Code civil. Ce ne sont pas là des conventions matrimoniales.

La jurisprudence nous donne quelques exemples de conventions de ce genre. Ainsi, il a été jugé qu'une vente de droits successifs faite à un tiers par une femme mineure dans son contrat de mariage était nulle. De même, il a été décidé pour une vente du

même genre consentie dans les mêmes conditions au profit du frère de la future épouse mineure, que cette vente ne vaudrait que comme partage provisionnel (1).

La jurisprudence annule encore les conventions suivantes :

1° Confirmation consentie par la future épouse dans son contrat de mariage, d'une cession de droits successifs, faite antérieurement par sa mère tutrice légale (2).

2° Cession que ferait un époux mineur par son contrat de mariage de ses droits dans une succession (Grenoble, 5 août 1859. S. 61. II. 21 ; — Limoges 29 janvier 1862. S. 62. II. 382 ; — Limoges, 29 janvier 1879. S. 79. II. 232).

3° Donation qui ne serait en réalité que la reconnaissance d'un droit de propriété appartenant à l'un des futurs époux (Cass. 11 décembre 1882, S. 83. I. 411).

4° Reddition du compte de tutelle qui est toujours soumise à l'art. 472 du Code civil (Montpellier, 18 mars 1868. S. 68. II. 119).

5° Clause qualifiant donation, une convention contenant plus de charges que d'avantages pour l'époux prétendu donataire (Riom, 11 juillet 1864, S. 64. II. 261 ; — Cass., 10 décembre 1867. S. 68. I. 121).

40. — Toutes les solutions qui précèdent sont

(1) Grenoble, 5 août 1859. D. 62. II. 39.
(2) Limoges, 29 janvier 1862. D. 62. II. 39.

basées sur une interprétation des art. 1398 et 1309 et sur le sens des expressions « conventions matrimoniales ». Elles ont pu être discutées. Mais il est une convention qui est formellement interdite à la femme mineure, c'est celle qui tendrait à réduire son hypothèque légale. L'art. 2140 du Code civil contient une disposition expresse à cet égard. Il résulte en effet *a contrario* de ce texte que seules les parties *majeures* pourront convenir qu'il ne sera pris inscription que sur un ou certains immeubles du mari. Il faut entendre ce texte en ce sens que si le mari était mineur et la femme majeure, rien ne s'opposerait à ce que l'hypothèque légale de la femme fût réduite. La solution contraire ne serait ni juste ni désirable (1). Ce texte défend seulement à l'épouse mineure, alors même qu'elle serait assistée des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage, de consentir à ce que son hypothèque légale soit réduite. Il y a là un sage retour au droit commun. Cette restriction, apportée à la capacité spéciale dont l'époux mineur est investi en matière de contrat de mariage, montre assez ce que cette capacité peut avoir de dangereux. Elle prouve, dit M. Guillouard, « qu'aux yeux du législateur lui-même le mineur assisté et autorisé ne peut pas stipuler comme le ferait un majeur (2) ».

(1) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, note 41.
(2) Guillouard, t. Ier, n° 304.

Nous venons de voir quelles conventions sont permises au mineur par l'art. 1398 et ce qu'il faut entendre par les expressions suivantes de cet article : « le mineur... est habile à consentir *toutes les conventions dont ce contrat* (le contrat de mariage) *est susceptible* ». Voyons maintenant les conditions d'application du principe de l'art. 1398.

B. — *Conditions d'application du principe.*

41. — Pour que le mineur soit habile à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, pour que les donations qui sont faites dans de contrat ce mariage soient valables, il faut :

1° Que le mineur soit habile à contracter mariage ;

2° Qu'il ait été assisté dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

§ I. — Le mineur doit être habile à contracter mariage

42.— L'art. 1398 parlant d'un mineur « habile à contracter mariage », envisage un mineur qui a atteint l'âge requis pour le mariage. Il faut donc que l'homme ait dix-huit ans révolus, et la femme, quinze ans révolus (144 C. civ.). Si le mineur fait son contrat de mariage avant d'avoir atteint l'âge nubile, ce contrat est nul comme le mariage lui-même. Il est vrai que la nullité du mariage peut être couverte

par application de l'art. 185 du C.civ. Nous aurons à nous demander si le contrat de mariage du mineur qui n'avait pas atteint l'âge requis par le mariage pouvait être validé par la ratification tacite qui rendait le mariage inattaquable.

Cette question se présentera tout naturellement quand nous étudierons en elles-mêmes les nullités qui peuvent affecter le contrat de mariage.

Si le mineur qui n'a pas atteint l'âge nubile obtenait une dispense d'âge pour contracter mariage, il deviendrait alors capable d'arrêter ses conventions matrimoniales. Nous avons à rechercher si le contrat de mariage, fait par ce mineur assisté, serait valable, s'il avait obtenu sa dispense seulement après la rédaction du contrat de mariage, avant toutefois la célébration du mariage. Disons dès maintenant que beaucoup d'auteurs se prononcent pour la négative.

Une question du même genre se pose pour le mineur qui, n'ayant pas atteint l'âge requis par le mariage avant la rédaction de son contrat, est devenu nubile avant la célébration du mariage. La nullité du contrat de mariage, œuvre du mineur alors qu'il était inhabile à contracter mariage, sera-t-elle couverte par suite du fait qu'il est devenu habile? Au contraire, le contrat de mariage n'est-il pas atteint d'un vice propre, qui n'a pu être purgé alors même que le mineur a atteint l'âge requis par le mariage

avant sa célébration, mais après la rédaction du contrat? Nous verrons ici encore que la négative est généralement admise.

§ II. — Quelles personnes doivent assister le mineur?

43. — D'après l'art. 1398, le mineur doit, pour que son contrat de mariage soit valable, être assisté « des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage ». Les art. 1095 et 1309 du Code civil s'expriment sensiblement ainsi. D'après ces articles, en effet, le mineur peut, d'une part, donner tout ce que pourrait donner un majeur, pourvu qu'il ait l'assistance et le consentement des personnes indiquées par l'art. 1398 ; d'autre part, il n'est pas restituable contre ses conventions matrimoniales, s'il les a faites avec cette assistance et ce consentement.

Nous pouvons constater, dans ce système du Code civil, une nouvelle dérogation au droit commun. D'ordinaire, en effet, ce n'est pas le mineur qui contracte ; c'est son tuteur (art. 450 C. civ.). Le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile. En matière de contrat de mariage, au contraire, le tuteur est complètement écarté, tout au moins en tant que tuteur. S'il était, en effet, appelé à assister le mineur lors de la rédaction du contrat de mariage, ce ne serait pas par suite de sa

qualité de tuteur, mais parce qu'il serait dans la catégorie des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

44. — Le mineur devra donc être assisté par son père ; à défaut du père, par la mère, même si cette dernière est remariée et dépouillée de la tutelle(1). Si le père était destitué de la tutelle pour incapacité ou mauvaise gestion, son assistance serait cependant indispensable. Ce droit d'assistance est en effet donné aux personnes qui sont investies de la puissance paternelle et non à celles auxquelles est confiée l'administration tutélaire. A défaut de l'assistance du père ou de la mère, ce sont les ascendants qui doivent assister le mineur. S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le droit d'assistance passe au conseil de famille qui a seul aussi qualité pour donner son consentement au mariage.

Si le mineur est un enfant naturel non reconnu, il doit être assisté d'un tuteur *ad hoc* qui est nommé par le conseil de famille (art. 159 C. civ.). Le tribunal n'aurait pas qualité pour nommer un tuteur *ad hoc* en vue d'assister le mineur et le contrat de mariage qui aurait été dressé avec l'assistance d'un tuteur ainsi désigné devrait être déclaré nul. Les

(1) Riom, 11 juillet 1864. S. 64, II, 161.

décisions judiciaires en donnent pour motif qu'une pareille compétence n'étant attribuée nulle part aux tribunaux, on ne saurait la leur reconnaître, tout étant de droit étroit en matière de compétence. D'autre part, d'après ces décisions, il y a présomption légale que l'intérêt du mineur ne serait pas suffisamment sauvegardé si le tuteur était nommé par un tribunal (1).

45. — Il peut arriver que l'ascendant appelé à assister le mineur dans la discussion du contrat de mariage ait un intérêt opposé à celui de ce mineur. Par exemple, le contrat de mariage contient ratification d'un partage antérieur annulable que l'ascendant a intérêt à voir ratifier. Est-ce que, dans ce cas, l'ascendant pourra assister le mineur ?

On comprend que cette question soit très controversée. D'une part, en effet, la personne chargée de protéger les intérêts de l'incapable doit, pour remplir sa mission, être complètement impartiale et désintéressée. Or, il paraît difficile d'obtenir l'impartialité et le désintéressement désirables de cette personne, si son devoir est en conflit avec son propre intérêt. Le législateur ne pouvait l'exiger. Aussi l'article 420 du Code civil décide-t-il que le tuteur ne peut représenter le mineur lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre lui et son pupille. C'est l'appli-

(1) Nîmes, 9 mars 1875. D. *Supp.*, v° *Contrat de mariage*, n° 129.

cation du principe romain : *Tutor vel curator in rem suam auctor esse non potest*. Ce principe est d'une équité manifeste et l'on peut poser en thèse générale « que le représentant d'un incapable doit être personnellement désintéressé dans les actes qu'il accomplit au nom de cet incapable ou qu'il valide par son autorisation (1) ».

D'un autre côté, le législateur veut que, lorsqu'il s'agit du mariage d'un mineur, les personnes qui donnent leur consentement au mariage assistent le mineur dans l'établissement de ses conventions matrimoniales. Ce désir du législateur est très raisonnable. Il est rationnel que les personnes dont le mariage lui-même dépend approuvent les conventions relatives aux biens et qui se rattachent au mariage d'une manière très intime. On ne peut nier, en effet, que le mariage soit souvent subordonné aux intérêts pécuniaires. C'est pourquoi, il est sage que ce soit la même autorité qui se prononce sur le mariage et sur les pactes nuptiaux.

46. — Il faut dès lors choisir entre les deux principes également certains que nous venons d'énoncer.

L'art. 1398 ne semble guère laisser de doute sur la solution que nous devons adopter. La loi, dans ce texte, veut absolument que ce soit la même personne qui consente au mariage et qui consente au contrat

(1) Note Labbé sous Lyon, 24 juin 1868. S. 69, II, 41.

de mariage du mineur. C'est exclusivement à cette personne que le législateur a donné pouvoir afin d'approuver les conventions matrimoniales. Si l'ascendant qui doit consentir au mariage est déclaré, par suite d'opposition d'intérêts, hors d'état d'approuver une clause du contrat mariage, à l'approbation de quelle autre personne sera soumise cette clause ?

Par qui remplacer l'ascendant? Ce point n'aurait pu être résolu que par le législateur. Il ne l'a pas été. En l'absence d'une désignation faite par la loi, le choix d'une autorité destinée à approuver la clause à propos de laquelle il y a opposition d'intérêts entre le mineur et la personne appelée à consentir à son mariage serait arbitraire. Par suite, maintenir le principe *nemo auctor in rem suam*, serait rendre certaines conventions impossibles ou inévitablement nulles. Il y aurait à cela un grand inconvénient. Il arrive, en effet, très fréquemment, que l'ascendant qui consent au mariage de son descendant mineur constitue une dot à celui-ci et lui impose une charge en diminution de la libéralité qu'il lui fait. Il y a opposition d'intérêts. Une pareille convention, bien que la plupart du temps favorable au mineur, deviendrait impossible faute d'une autorité ayant qualité pour l'approuver.

On va, dans l'opinion que nous combattons, jusqu'à admettre cette conséquence. Le principe que

la personne appelée à assister un incapable ne doit pas être prise entre son devoir et son intérêt est, dit-on, général. Il s'applique aussi bien en matière de contrat de mariage qu'en toute autre matière. Le législateur, en faisant intervenir un ascendant à la place du tuteur, n'a pas cessé de vouloir la garantie et la sauvegarde des intérêts du mineur qui se marie. Cette garantie doit être sérieuse. Elle ne le serait pas si l'intérêt de l'ascendant était opposé à celui du mineur. La tendresse des parents se laisse parfois égarer par l'intérêt personnel. Elle ne constitue pas une protection suffisante. Dans un arrêt du 11 juillet 1864, la Cour de Riom a constaté qu'un père, sous prétexte de doter sa fille mineure, lui avait imposé par contrat de mariage la liquidation de sa fortune embarrassée et lui avait ainsi causé un préjudice énorme. Aussi, la Cour décida « qu'il répugnait à la raison, non moins qu'aux principes du droit, qu'un tuteur ou un curateur ou le père qui en fait la fonction, quand il s'agit de mariage, pût autoriser ou assister le mineur dans les affaires où ses intérêts se trouvent en opposition avec ceux du mineur (1). »

47. — La Cour de cassation, au contraire de la Cour de Riom, décide que l'ascendant assiste valablement le mineur dans le cas où il existerait entre eux

(1) Riom, 11 juillet 1864. S. 64. II. 161.

quelque opposition d'intérêts, au sujet d'une clause du contrat de mariage. Elle a statué en ce sens par un arrêt du 23 février 1869. Trois raisons principales ont déterminé la Cour : 1° « L'article 1398, loin de comporter l'application des règles ordinaires de la minorité et de la tutelle et spécialement de la règle en vertu de laquelle le tuteur ne peut agir pour le mineur avec lequel il a un intérêt opposé, y déroge au contraire. »

2° « Ce n'est pas en qualité de tuteur, mais comme exerçant un des attributs de la puissance paternelle, que le père ou la mère, en cas de décès du père, assiste le mineur dans son contrat de mariage. Or, il ne peut pas plus être remplacé pour cette assistance qu'il ne pourrait l'être pour son consentement. »

3° « La loi, en donnant exclusivement à ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage qualité pour assister le mineur dans son contrat de mariage, et en réunissant indivisiblement ces deux attributions dans la même personne, a pensé avec raison que celui qui présentait des garanties suffisantes pour autoriser le mineur à faire l'acte le plus important de la vie et qui engage au plus haut degré ses intérêts de toute sorte, présentait au moins les mêmes garanties pour l'habiliter à faire les conventions matrimoniales, et qu'il n'aurait en vue que l'intérêt du mineur aussi bien pour

l'assister dans les conventions que le mariage rend nécessaires, que pour consentir à son mariage (1). »

C'est l'opinion de la Cour de cassation, qui est généralement adoptée (2).

L'assistance de l'ascendant ne rendrait pas valables des conventions étrangères à la formation et au règlement de l'association conjugale. Aussi, l'assistance de l'ascendant dont l'intérêt est opposé à celui du mineur ne s'exerçant que dans la limite des conventions matrimoniales et des clauses qui prennent ordinairement place dans un contrat de mariage ne peut entraîner les inconvénients qui rendent généralement nécessaire l'application de la règle *nemo auctor in rem suam*.

A défaut du père, de la mère ou des ascendants, le conseil de famille d'après l'art. 160 du Code civil peut être appelé à donner son consentement au mariage du mineur. Dans ce cas, l'assistance dont le mineur a besoin, aux termes de l'art. 1398, pour consentir ses conventions matrimoniales, devra émaner du conseil de famille.

§ III. — Formes de l'assistance.

48. — Que faut-il entendre par le mot « assis-

(1) Cass, 23 février 1869. S. 69. I. 193.

(2) Aubry et Rau, V, 502, p. 242 ; Guillouard, I, n° 310 ; Laurent, t. XXI, n° 23 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville : *Traite du Contrat de mariage*, t. I, n° 149. Cpr. Note de Labbé, *suprà*.

tance », employé par les art. 1095, 1309 et 1398 ? Est-il nécessaire que les personnes dont le consentement est exigé par le mariage soient présentes à la rédaction du contrat ?

Assurément, l'assistance est plus qu'un simple consentement. La loi veut que le mineur soit aidé, secouru, éclairé sur la portée des engagements qu'il contracte. D'après M. Laurent, le fait que le législateur dans les art. 1095 et 1309 emploie les deux expressions « consentement et assistance », indique que la loi exige un consentement que l'on donne en assistant. Cela, d'après lui, impliquerait la présence réelle des personnes dont le consentement est requis. Si bien que l'ascendant ou le conseil de famille tout entier, lorsque c'est ce conseil qui doit habiliter le mineur, serait tenu de comparaître personnellement au contrat de mariage pour en discuter les clauses. On ne peut pas dire, ajoute M. Laurent, que celui qui n'est pas présent « *assiste dans le contrat* ». On comprend que, lorsqu'il s'agit du mariage, un simple consentement suffit parce qu'il consiste à dire oui; il n'y a dans ce cas aucune délibération, aucun débat. Au contraire, lors de la rédaction du contrat de mariage, le mineur ne peut être livré seul à la discussion qui aura lieu devant le notaire en présence de l'autre partie et des personnes qui soutiendront ses intérêts. Si les personnes qui doivent habiliter le mineur sont présentes, elles

profiteront elles-mêmes de la discussion et des avis du notaire; elles pourront s'éclairer sur la portée des clauses qui vont être insérées dans le contrat, clauses dont la pratique seule du droit permet de mesurer les conséquences (1).

49. — Cette opinion est loin d'être généralement admise. Elle est contraire à la pratique traditionnelle; de plus elle serait impraticable dans la plupart des situations. Le verbe assister, d'ailleurs, ne signifie pas seulement être présent, mais aussi *aider*, *secourir*. La loi admet que l'autorisation en matière de mariage peut être donnée par écrit; il est logique que l'assistance puisse se manifester de la même façon pour un contrat accessoire. Il faut donc admettre que l'ascendant ou le conseil de famille pourront, dans un acte authentique, déterminer spécialement toutes les conventions qui seront ensuite reproduites dans le contrat de mariage. Le vœu de la loi sera alors complètement rempli.

Du reste, cette solution s'impose au point de vue pratique dans une hypothèse particulière. Si l'on suppose en effet que c'est du conseil de famille que doit émaner l'assistance, comment est-il possible de soutenir qu'un acte authentique ne suffise pas? Il est bien difficile que le conseil soit réellement présent à la rédaction du contrat de mariage. On ne

(1) Laurent, t. XXI, nº 24.

peut pas admettre que ce conseil se réunisse tout entier dans l'étude du notaire avec le juge de paix pour le présider. L'assistance du conseil se réalisera alors à l'aide d'une délibération contenant une approbation détaillée des conventions et dispositions projetées. De même, si l'ascendant qui doit assister le mineur est malade ou éloigné, il est naturel que la présence réelle de cet ascendant ne soit pas exigée et qu'il puisse, dans un écrit indiquant en détail les conventions qu'il approuve, fournir au mineur la protection que la loi a voulu lui assurer.

50. — Nous sommes ainsi amenés à examiner la question de savoir si le mineur peut être valablement assisté par un mandataire représentant l'ascendant ou le conseil de famille. Cela n'est pas douteux. Mais suffirait-il que le mandataire fût investi d'un pouvoir général à l'effet d'assister le mineur pour toute espèce de conventions ou donations?

Rodière et Pont (1) avaient admis que le mandat général donné par l'ascendant ou le conseil de famille suffisait. Mais il ne faut pas oublier que c'est le conseil de famille ou l'ascendant qui assiste. Il a dû donner son approbation sur chaque clause du contrat de mariage. Le mandat doit donc être détaillé. Le vœu de la loi ne serait pas suffisamment

(1) T. I, n° 44.

rempli par une délibération du conseil de famille qui ne spécifierait pas les conventions ou donations que le mineur sera autorisé à faire et qui se bornerait à désigner un mandataire pour l'assister dans la passation de l'acte.

La jurisprudence a décidé à maintes reprises que le conseil ne pouvait se faire représenter par un délégué, que si les conventions matrimoniales lui avaient été soumises préalablement et s'il les avait approuvées. Le délégué a pour mission de faire insérer ces conventions dans le contrat de mariage. Il ne jouit d'aucune initiative. C'est ainsi que, dans un arrêt du 15 novembre 1858 (1), la Cour de cassation a décidé que le contrat de mariage auquel a assisté un des membres du conseil de famille délégué à cet effet, avec un pouvoir général de stipuler au contrat les clauses qui lui paraîtraient les plus favorables aux intérêts du mineur, est nul, en ce qui concerne le régime matrimonial adopté, de même que pour les donations que les époux se sont faites. Serait aussi nul le contrat de mariage à l'occasion duquel l'un des membres du conseil de famille aurait assisté le mineur avec le pouvoir général de faire procéder à la rédaction d'un contrat établissant d'une manière précise les droits des futurs époux (2).

(1) S. 59. I. 385.
(2) Rennes, 4 mai 1873. Cass. Req. 16 juin 1879, S. 80. I. 166.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que si la loi n'exige pas l'intervention personnelle de tous les membres du conseil de famille à la rédaction du contrat de mariage et s'ils peuvent y être représentés par un délégué, il est indispensable que les conventions matrimoniales soient soumises au conseil de famille et approuvées par lui et que le pouvoir conféré au délégué ait un caractère de spécialité déterminant les conditions auxquelles est assujettie l'adhésion qu'il doit donner à l'acte qui contient ces conventions, etc... (1) »

51. — La procuration donnée par l'ascendant ou le conseil de famille pour assister le mineur peut-elle être sous seing privé? Nous croyons que cette procuration doit être authentique. L'article 73 du Code civil exige en effet cette authenticité si l'ascendant donne une procuration pour consentir au mariage. Il nous semble dès lors que les formes de la procuration doivent être les mêmes pour assister au contrat de mariage. La jurisprudence semble du reste exiger des pouvoirs authentiques pour tous les actes qui sont eux-mêmes soumis à l'authenticité (2).

Les conventions matrimoniales du mineur qui n'a

(1) Cf. Aubry et Rau, t. V, § 502, p. 224; Demante, t. VI, 15 *bis* III et 15 *bis* IV, p. 27; — *Revue critique*, 1880, t. XLVI, p. 579; Laurent, t. XXI, n° 24; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n^{os} 152 et 153.

(2) Cass., 29 mai 1854. Dall. 54, I, 207, Cass., 9 janvier 1855, Dall. 55, I, 28. — Cf. Aubry et Rau, t. V, § 552, p. 244.

pas été assisté seraient-elles valables si elles étaient ensuite approuvées par son ascendant ou par le conseil de famille? Non. En ce cas, le contrat de mariage serait nul. L'approbation donnée par l'ascendant ou la délibération du conseil de famille, n'étant intervenue qu'après le contrat, n'a pu lui conférer la validité qui lui manquait. La Cour de cassation l'a ainsi décidé dans un arrêt du 20 juillet 1859. Dans l'espèce, le conseil de famille s'était réuni le jour même où le contrat avait été passé, mais après la rédaction de ce contrat. Le conseil avait autorisé la future épouse à contracter mariage avec le futur époux, sous certaines conditions qui correspondaient exactement aux stipulations contenues dans le contrat de mariage. Le contrat fut déclaré nul (1).

En résumé, le mineur est valablement assisté dans l'élaboration de son contrat de mariage soit que les personnes qui doivent donner leur consentement au mariage aient été présentes, soit qu'elles aient été représentées par un mandataire pourvu d'un mandat spécial et authentique, contenant en détail les stipulations qu'elles ont approuvées à l'avance.

§ IV. — Responsabilité du notaire et du tuteur.

52. — Le notaire rédacteur du contrat de mariage d'un mineur commet en suppléant à l'insuffisance

(1) D. 59. I. 279.

de la délibération du conseil de famille une faute grave ; aussi peut-il être justement déclaré responsable vis-à-vis des époux, des conséquences de l'annulation du contrat. Cette responsabilité peut s'étendre dans une certaine mesure au tuteur qui a participé à la faute du notaire.

La nullité qui frappe le contrat de mariage, lorsque l'assistance donnée au mineur n'est pas suffisante, entraînera souvent un préjudice pour l'époux incapable. Ce préjudice possible justifie le principe d'une responsabilité.

Un arrêt de la Cour de Rennes du 4 mai 1878 pose en principe que le tuteur délégué et le notaire sont responsables.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Rennes, le conseil de famille avait investi le tuteur d'un mandat général. Il était dit qu'il « serait fait à la diligence du tuteur un contrat de mariage établissant les droits respectifs des époux ». La Cour de Rennes puis la Cour de cassation le décidèrent.

En ce qui concernait la responsabilité du tuteur, les motifs de l'arrêt de la Cour de Rennesse bornent à constater qu'il avait commis une faute grave, en fait, dans le choix du régime matrimonial, mais que la circonstance qu'il était illettré devait faire limiter sa responsabilité. Il se dégage de cet arrêt que le délégué du conseil de famille, alors même que ce ne serait pas le tuteur, est responsable.

53. — A ce point de vue, l'arrêt de la Cour de Rennes peut être critiqué. Le délégué est en effet le simple mandataire non salarié du conseil de famille ; il est responsable envers son mandant de son dol et de sa faute (art. 1992 C. civ.). Mais s'il agit dans les limites du mandat qui lui a été confié, il n'encourt aucune responsabilité envers son mandant. Si des tiers sont injustement lésés par l'accomplissement régulier du mandat, c'est le mandant et non le mandataire qui doit être déclaré responsable. Ce serait donc le conseil de famille et non le délégué de ce conseil qui devrait être déclaré responsable. Le contrat de mariage n'est point nul, en effet, dans notre hypothèse, par la faute du mandataire, mais par celle du mandant et par suite de ce fait que le mandat a été donné d'une façon sérieuse et incomplète. Le conseil de famille est responsable de la nullité du contrat, car c'était à lui à exercer, d'une manière régulière, l'assistance qu'il devait au mineur.

Mais alors la question se pose de savoir si l'action en responsabilité peut s'exercer contre le conseil de famille. Il n'existe dans le Code civil aucune disposition qui déclare les membres du conseil de famille responsables envers le mineur des conséquences de leurs délibérations. Le rôle du tribunal domestique présidé par le juge de paix met peut-être ce conseil au-dessus d'un semblable recours. Cependant chacun

répondant de son dol et de sa faute grave qui équivaut au dol, on pourrait soutenir que les membres du conseil de famille seraient passibles de dommages-intérêts dans l'hypothèse qui nous occupe. Il y a de leur part une faute grave à donner à leur délégué un mandat vicieux et incomplet. Ils exposent ainsi le mineur à voir déclarer nul son contrat de mariage. Quoi qu'il en soit, le délégué du conseil de famille ne saurait être responsable (1).

54. — Que décider en ce qui concerne le notaire rédacteur du contrat ? La Cour de Rennes n'a pas hésité à le déclarer responsable. Voici à cet égard les motifs de son arrêt : « Considérant que si, en principe, les notaires alors qu'ils n'ont agi qu'en leur qualité d'officiers publics ne sont pas tenus de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conservation des droits résultant pour les parties des actes qu'ils rédigent, leurs obligations ne se bornent pas à être les instruments passifs des contrats auxquels ils donnent l'authenticité ; qu'ils sont de plus les conseils des parties qu'ils doivent éclairer sur les conséquences des conventions qui interviennent, suppléant à leur ignorance... »

Le principe de la responsabilité du notaire rédacteur du contrat est ainsi nettement posé par cet arrêt. La Cour fonde cette responsabilité sur l'igno-

(1) Cf. Aubry et Rau, t. I, § 97, page 398 et note 1 ; Rennes, 4 mai 1878 ; Cass., 16 juin 1879. S. 1880, I, 166.

rance des parties, et sur ce fait que le notaire n'est pas simplement rédacteur des actes, mais qu'il est aussi le conseiller des parties. Le notaire joue un rôle actif dans la rédaction du contrat de mariage. Il éclaire les parties sur les conséquences des stipulations qu'un pareil contrat peut contenir, il est le guide de ceux qui recourent à lui alors même que son intervention est forcée comme pour le contrat de mariage.

55. — Le fondement de la responsabilité du notaire peut être trouvé dans la loi elle-même. C'est ainsi que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, sanctionnant par la nullité l'inobservation, dans les actes notariés, de certaines formalités prescrites par plusieurs de ses articles ajoute : «... sauf, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. » Cet article cependant ne saurait suffire à lui seul pour établir le principe de la responsabilité du notaire dans notre hypothèse, car il est limité à certaines infractions.

La jurisprudence a posé un autre principe, à savoir que le notaire était le mandataire des parties. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1812 décide que les parties à un acte sont solidairement tenues des frais envers le notaire, parce que ce dernier est leur mandataire. En conséquence, le notaire serait tenu comme tout mandataire ; on pourrait donc lui faire l'application de l'art. 1992 du C. civ.

Ainsi s'expliquerait sa responsabilité en notre matière. Peut-être aussi peut-on appliquer le droit commun et faire appel aux articles 1382 et 1383 du C. civ.

Le notaire serait donc responsable d'une nullité d'acte qui provient de sa faute lourde. Mais y aurait-il faute lourde de sa part à passer outre à la rédaction du contrat de mariage d'un mineur s'il se trouvait en présence d'un mandataire du conseil de famille qui n'aurait pas des pouvoirs suffisamment détaillés et précis ? Il n'est pas douteux qu'en ce cas le notaire pourrait à première vue apercevoir la cause de nullité qui menace le contrat. Dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, il le pourrait trés certainement; il y aurait donc faute lourde de sa part à rédiger un contrat de mariage dans de pareilles conditions. Mais si l'on admet que les membres du conseil de famille puissent être responsables, le recours contre le notaire ne peut être que subsidiaire.

Ainsi, le mandataire délégué par le conseil de famille qui a agi dans la limite de son mandat ne doit encourir, contrairement à l'arrêt de la Cour de Rennes, aucune responsabilité. Toute responsabilité doit remonter au conseil de famille, si on admet que les membres de ce conseil peuvent être responsables des conséquences des délibérations qu'ils ont prises. En tout cas, le notaire rédacteur de l'acte,

ce conseiller naturel des parties, doit être déclaré responsable car il y a faute lourde de sa part à passer outre à la rédaction du contrat de mariage d'un mineur en présence d'un mandataire dont les pouvoirs sont évidemment insuffisants (1).

(1) Cf. Lebret, *Revue critique*, 1880, t. 46, pp. 577.

La jurisprudence a décidé d'une manière générale que les notaires sont les conseils des parties et doivent prendre toutes les précautions qui peuvent assurer la validité des actes. V. Nancy, 23 avril 1864. S. 65, II, 200; — Alger 6 juillet 1866, S. 66, II, 299. — Toulouse, 24 mars 1879, S. 79, II, 149. Spécialement un notaire peut être déclaré vis-à-vis des époux, responsable du préjudice éventuel qui peut résulter d'un contrat de mariage vicié d'une nullité : Bourges, 29 mars 1859, S., 1860, II, 132; Cass., 19 juin 1876, S. 76, I, 281.

CHAPITRE II

Contrat de mariage d'un incapable autre que le mineur.

56.— Nous avons vu que, pour le mineur, le Code civil, dans son art. 1398, déroge au droit commun. Doit-on étendre cet article aux autres incapables ?

Voyons donc si l'on peut appliquer la règle exceptionnelle de l'art. 1398 à l'interdit, au dément, à la personne pourvue d'un conseil judiciaire.

Au préalable, en ce qui concerne la personne interdite pour cause de démence, il est nécessaire d'examiner la question de savoir si elle peut se marier.

Cette question a été très controversée et si elle paraît aujourd'hui résolue dans le sens de l'affirmative, il n'en est pas moins vrai qu'il se présente de sérieuses raisons de douter.

SECTION I

L'interdit peut-il contracter mariage ?

57. — Il est tout d'abord certain que l'individu

en état de démence ne peut contracter mariage parce qu'il est incapable de donner un consentement valable.

De nombreuses décisions judiciaires ont établi ce point qui ne pouvait d'ailleurs être sérieusement contesté (1).

Mais s'il est vrai que la démence, exclusive du consentement, soit un empêchement à mariage, l'interdiction judiciaire est-elle par elle-même un obstacle à ce contrat et ne peut-on pas soutenir que l'interdit peut se marier dans un intervalle lucide?

La Cour de cassation a rendu en cette matière, dès le 12 novembre 1844, un arrêt qui a décidé qu'un interdit pour cause de démence n'est pas absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'apprécier la disposition de l'art. 184 du Code civil qui admet « tous ceux qui y ont intérêt » à attaquer un mariage. Le mariage avait été contracté par un interdit et durant les causes d'interdiction. On se demandait si les collatéraux de l'interdit devaient être admis à faire prononcer la nullité du mariage.

La principale raison de douter de la validité du mariage de l'interdit se déduit des termes mêmes de l'art. 146 du Code civil qui porte qu'il « n'y a pas

(1) Trib. de Gand, 14 décembre 1846, D. 47, III, 24 ; Alger, 21 avril 1853, D. 55, II, 342 ; Bastia, 8 février 1888, D. 88, II, 317.

de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Il semble dès lors que le mariage de l'interdit soit affecté d'un vice susceptible de le faire annuler. L'arrêt de 1844 ne résout la question qui nous occupe qu'incidemment et dans ses motifs. La seule question soumise à la Cour suprême était celle de savoir si des collatéraux peuvent attaquer le mariage contracté par un interdit pendant l'interdiction. La Cour répondit négativement. On sait en effet que les collatéraux ne peuvent obtenir la nullité d'un mariage dans tous les cas où ce mariage est susceptible d'être déclaré nul. La loi a déterminé d'une manière précise les cas dans lesquels les collatéraux ayant un intérêt né et actuel sont reçus à faire prononcer la nullité d'un mariage. Dans l'espèce de l'arrêt de 1844 il est certain que les collatéraux n'avaient aucun droit à demander la nullité du mariage qu'ils attaquaient.

C'est qu'en effet le mariage contracté en violation de l'art. 146 ne peut, aux termes de l'art. 180, « être attaqué que par les époux, » ou, si le consentement de l'un d'eux n'a pas été libre, « par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ». Les collatéraux ne peuvent donc attaquer un mariage s'il n'y a pas consentement. Ils ne le peuvent que dans les cas où les nullités, suivant d'Aguesseau, « sont des armes communes à tout le monde (1) ».

(1) D'Aguesseau, tome V, p. 69, 57e plaidoyer.

58. — Il n'en est pas moins vrai que notre arrêt tranche la question de savoir si l'interdit peut se marier.

On soutenait devant la Cour de cassation un premier moyen tiré de la violation de l'art. 146. On faisait valoir que, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, le défaut de raison résultant de la folie ou de l'imbécillité était un empêchement absolu pour le mariage et du nombre des empêchements dirimants. La Cour écarte ce moyen dans les termes suivants : « Attendu que si, aux termes de l'art. 502 du C. civ., tous actes passés par un interdit sont nuls de droit, d'après le principe général que le consentement est une des conditions essentielles des contrats, littéralement conservé par l'art. 1108, et si l'opposition fondée sur l'état de démence est autorisée par l'art. 174; si le même principe est appliqué au mariage par l'art. 146, *on ne peut en conclure ni que l'interdit soit absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides*, ni que cette nullité puisse être opposée toujours et par toutes personnes... »

Les juges de première instance et d'appel avaient déclaré qu'il n'y avait pas lieu pour eux de se prononcer sur la validité ou l'invalidité du mariage ; ils ne se considéraient pas comme saisis de la question.

La solution donnée incidemment par la Cour su-

prême est basée sur cette considération principale que la nullité d'un mariage ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte formel. Examinons la valeur de cette décision.

59. — Les éléments de la doctrine de l'arrêt de 1844 sont d'une part les principes de l'ancienne jurisprudence, sous l'empire de laquelle on aurait généralement admis que les personnes insensées ou en démence pouvaient contracter mariage dans un intervalle lucide ; d'autre part, c'est l'idée que le mariage est un contrat d'un genre particulier auquel ne s'applique pas l'art. 502 du Code civil et dont le sort doit se régler d'après les principes posés au titre du mariage où l'interdiction n'est pas comprise parmi les causes de nullité (1).

Il faut noter cependant que, sous l'ancienne jurisprudence, les personnes privées de leur raison étaient absolument incapables de se marier. Elles pouvaient, il est vrai, contracter mariage dans un intervalle lucide. Néanmoins cette dernière solution n'était pas universellement reçue. Le conseiller rapporteur à la Cour de cassation citait dans son rapport le recueil de Denizart, v° *Mariage*, n° 18, pour justifier ses conclusions qui tendaient à faire reconnaître comme valable le mariage contracté dans un intervalle lucide par un interdit. Le nouveau Deni-

(1) Voir le rapport du conseiller rapporteur M. Mestadier et les motifs de l'arrêt : Sirey, 1845, I, 251.

zart, rapportant l'avis de plusieurs auteurs qui considéraient un pareil mariage comme valable, ajoute : « Malgré ces autorités, il nous semble que le mariage de l'insensé contracté dans un intervalle lucide est radicalement nul. Le mariage a pour fin et la procréation des enfants et la société intime des époux qui doivent vivre ensemble jusqu'au décès du premier mourant. Or, il ne peut pas y avoir de société intime avec une personne insensée qui a des intervalles lucides, puisqu'on ne peut pas avoir de société habituelle avec elle et qu'il devient nécessaire de mener une vie séparée l'un de l'autre dans le temps de la démence, qui est son état habituel... (1) » Cette considération tirée de l'essence même du mariage s'élève puissamment contre la doctrine de l'arrêt que nous avons cité.

Fût-il d'ailleurs absolument certain que l'ancienne jurisprudence ait admis sans restriction qu'un dément pût se marier dans un intervalle lucide, cette solution ne suffirait pas aujourd'hui pour faire valider le mariage contracté par un interdit. Il y a en effet entre un interdit et une personne démente, mais non interdite, une différence essentielle. Le dément, dans les intervalles lucides, s'il en a, est capable de tous les actes de la vie civile ; il est alors sain d'esprit et sa capacité est entière.

(1) Nouveau Denizart, v° *Empêchements de mariage*, § 4, n° (t. VII, p. 528).

Pour faire tomber l'acte passé par une personne suspecte de démence, il faut que celui qui invoque la démence en fasse la preuve. Au contraire, l'interdit est tenu sous l'empire d'une présomption légale qu'établit le jugement d'interdiction. La présomption d'incapacité ne peut céder que devant la mainlevée de l'interdiction. Tant que cette mainlevée n'est pas rapportée, l'interdit est tenu pour incapable, eût-il des intervalles lucides, et tous les actes qui ont été passés par lui depuis l'interdiction « sont nuls de droit » (art. 502 C. civ.), fussent-ils raisonnables.

On peut donc poser comme une règle certaine qu'il n'y a pas légalement, pour celui qui est en état d'interdiction judiciaire, d'intervalles lucides. L'interdiction constitue une incapacité permanente. On comprend assez que la personne qui a des alternatives de raison et de démence ne puisse se protéger d'une façon suffisante dans les intervalles lucides. C'est pourquoi le législateur, repoussant par là, semble-t-il, la théorie des « intervalles lucides », décide, dans l'art. 489 C. civ., que « le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides ».

D'après le législateur, l'interdit ne doit donc pas être considéré comme pouvant avoir des intervalles lucides ; il est radicalement incapable. Or, le mariage

est un contrat dont, suivant Troplong, le consentement est l'âme. Celui qui se marie doit donc pouvoir consentir. L'interdit pourra-t-il donner le consentement intelligent, réfléchi qui est exigé par la loi? Sans doute, l'interdit qui recouvre par intervalles toutes ses facultés peut manifester, pendant qu'il jouit de sa raison, sa volonté et son consentement; mais ce consentement a-t-il donc la valeur qu'exige l'art. 146? Il semble que rien n'en garantisse la maturité et que la présomption légale, résultant de l'interdiction, doive s'élever contre lui.

60. — Si maintenant nous examinons les travaux préparatoires du Code, nous voyons que, dans la séance du Conseil d'État où fut discuté l'art. 146, on proposait un article ainsi conçu : « Sont incapables de contracter mariage : 1° l'interdit pour cause de démence ou de fureur; 2° les sourds-muets de naissance à moins qu'il ne soit constaté qu'ils sont capables de manifester leur volonté; 3° l'individu frappé d'une condamnation emportant mort civile, même pendant la durée du temps qui lui est accordé pour purger la contumace. » La discussion fut d'abord limitée aux sourds-muets. Cambacérès fit remarquer que, puisque l'article avait pour but d'expliquer que les sourds-muets ne pouvaient se marier que lorsqu'ils pouvaient consentir, sa disposition se confondait avec l'article suivant d'après lequel le mariage n'était pas valable si les deux époux n'y avaient

pas donné un consentement libre. La discussion continuant, le Consul généralisa son observation et proposa de supprimer l'article par le motif que « les dispositions qu'il contenait n'étaient que des conséquences naturelles de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable (1). »

Après que le Conseil d'État eut complété sa discussion du projet de loi sur le mariage, le Tribunat reçut suivant l'usage la communication officieuse du projet. Sur l'art. 146, la section du Tribunat fit observer que « cette disposition exigeait un article formel qui établit, comme règle certaine, que l'interdit pour cause de démence était, en fait de mariage, hors d'état de donner un consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides » ; en conséquence, la section du Tribunat proposa une addition en ces termes : « l'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage (2). » On ne tint aucun compte de cette addition proposée par le Tribunat. Mais il faut bien remarquer que si cette addition ne passa pas dans le Code civil, c'est par la raison donnée par Cambacérès que la disposition ne contenait *que la conséquence naturelle de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable* et non parce que le législateur ne voulait pas admettre la pensée de l'article proposé, à savoir que l'interdit ne

(1) Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, tome IX, pp. 8 et 12.
(2) Fenet, *op. cit.*, tome IX, p. 118.

pourrait pas se marier même dans un intervalle lucide.

Cette discussion indique donc bien que la pensée du législateur était que le consentement donné pour le mariage devait émaner d'une personne jouissant de toute sa capacité. L'art. 146 consacre en conséquence virtuellement l'incapacité de l'interdit relativement au mariage et la Cour suprême, dans l'arrêt de 1844, semble avoir affirmé à tort que le Code civil ne contient aucun texte qui permette de déclarer nul le mariage de l'interdit.

61. — Les partisans de la doctrine que nous exposons, à savoir que l'interdit ne peut pas se marier même dans un intervalle lucide, prétendent que le système de l'article 146 est complété par l'article 180 du Code civil qui, d'après eux, détermine dans quelles conditions le mariage de l'interdit peut être attaqué. Il y a là un système entier qui se suffit à lui-même, qui trouve sa base dans le titre du mariage en dehors des principes de l'interdiction. Il est vrai de dire cependant que l'article 180 parle du mariage qui a « été contracté sans le consentement libre des époux ou de l'un d'eux... ». Il semble donc limité au cas où une personne capable de consentir ne l'a fait que sous l'empire de la violence. Cet article ne comprendrait plus le cas où il y a eu absence de tout consentement par le fait de la démence. On répond à cela que l'art. 146 relatif au consentement comprend

toutes les hypothèses et que l'article 180 qui lui correspond doit les sanctionner toutes.

Au surplus, l'article 502 du Code civil exerce, suivant l'expression de M. P. Pont, « une influence morale dont il faut grandement tenir compte (1) ». Lorsqu'on voit le législateur frapper de nullité l'acte même le plus insignifiant passé par l'interdit, il n'est pas facile d'admettre qu'il ait voulu le laisser sans protection pour l'acte le plus important de la vie.

62.— Malgré toutes ces excellentes raisons, beaucoup d'auteurs, depuis l'arrêt de 1844, soutiennent que l'interdit peut se marier dans un intervalle lucide. Troplong tout d'abord est de cet avis. « Notre doctrine, dit-il, conforme à l'opinion des théologiens, est beaucoup plus humaine que celle des jurisconsultes qui refusent impitoyablement à l'insensé la consolation du mariage alors même qu'il l'a contracté dans un intervalle lucide (2) ».

Troplong reconnaît que, lorsque l'insensé est interdit, il est plus difficile de justifier la faculté qu'il a de se marier dans un intervalle lucide. L'art. 502 est un obstacle. L'état d'incapacité qu'entraîne l'interdiction ne comporte ni interruption, ni suspension. Mais ces principes, excellents et incontestables lorsqu'il s'agit des contrats ordinaires de la vie civile,

(1) *Revue de législation et de jurisprudence,* année 1845, t. III, p. 262.

(2) *Contrat de mariage,* t. I, pp. 342 et suiv.

n'ont pas la même force quand il s'agit d'un acte aussi exceptionnel que le mariage. Lorsqu'il s'agit de faire prononcer la nullité d'un mariage, c'est dans le titre du mariage et non ailleurs que la loi permet d'aller puiser les moyens de l'attaquer. « Il y a pour le mariage, dit le savant jurisconsulte, un système complet qui se suffit à lui-même, et qui n'a pas d'emprunts à faire aux titres du Code civil relatifs aux autres conventions. » Ayant ainsi écarté du débat l'art. 502, Troplong remarque que l'art. 180 du Code civil n'autorise l'action en nullité que lorsque le consentement n'a pas été libre. Tout en reconnaissant que ce texte ne doive pas être limité au cas de dol, de violence ou d'erreur et qu'il doive être étendu à celui où le consentement, sans avoir été capté ou violenté, manque cependant de discernement, Troplong soutient que lorsque l'interdit a un intervalle lucide, il est capable, dans cet intervalle, de donner un consentement libre et éclairé. Or, dans le titre du mariage, on ne trouve pas de texte qui supprime l'intervalle lucide. L'interdit peut donc se marier pendant cet intervalle.

Cette doctrine d'ailleurs ne présente aucun danger. Si l'officier de l'état civil a connaissance de l'interdiction, il peut refuser de passer outre et la question ira devant les tribunaux. Les parents peuvent aussi faire opposition au mariage (art. 174 C. civ.). Si le mariage a été célébré sans opposition, c'est que la fa-

mille l'aura approuvé tacitement. Comment dès lors en faire prononcer la nullité en se fondant sur la présomption légale qui s'attache à l'interdiction ? En somme, l'empêchement à mariage résultant de l'interdiction ne peut jamais être que prohibitif et non dirimant.

63. — La Cour de cassation eut de nouveau à connaître, en 1887, de la question de validité du mariage de l'interdit. Elle admit encore que ce mariage ne pouvait être attaqué qu'en vertu des articles 146 et 180 du Code civil et que par conséquent l'art. 502 était étranger à la matière (1).

Enfin, en 1890, la Cour, ayant à statuer sur un mariage d'interdit, déclara recevable l'action en nullité intentée par le tuteur mais en écartant la question de l'art. 502 du C. civ. (2).

La jurisprudence belge est sur ce point contraire à la nôtre. D'après elle, l'interdit est frappé d'une incapacité absolue de se marier. Il est incapable de donner un consentement éclairé. Cette incapacité permanente et absolue de consentir ne lui permet pas de se marier, car le mariage est un contrat qui, de même que tous les autres, ne peut se former que par le consentement des parties contractantes.

D'ailleurs, l'art. 502 du C. civ. a une portée générale que ni son texte ni la discussion qui en a pré-

(1) Cass. rejet, 9 nov. 1887, D., 88. I. 161.
(2) Cass. rejet, 26 février 1890, D. 90. I. 290.

cédé l'adoption n'autorisent à restreindre. Il doit donc s'appliquer au mariage de l'interdit comme à tous les actes que ce dernier aurait passés postérieurement à l'interdiction (1).

Quoi qu'il en soit, nous admettons que l'interdit judiciaire peut se marier. Nous fondons notre conviction sur les raisons précédemment exposées et qui peuvent se résumer de la façon suivante : on ne peut, en matière de mariage, admettre d'autres nullités que celles qui sont littéralement établies par la loi. Or il n'existe au titre du mariage aucun texte qui frappe de nullité le mariage contracté par l'interdit à raison de son état d'interdiction seul. Les art. 502 à 504 sont inapplicables à cette matière (2).

SECTION II

Les incapables autres que le mineur peuvent-ils faire leur contrat de mariage sans assistance ?

64. — En admettant que l'interdit puisse contracter mariage, peut-il, s'il est majeur de vingt et un ans, faire seul son contrat de mariage ? La même

(1) Bruxelles, 20 décembre 1893, D. 95. 2. 186. Cour de cass. de Belgique, 21 février 1895 ; D. 97. 2. 195.

Il résulte de ces arrêts que le mariage de l'interdit est sans existence légale par application des art. 146 et 502 du C. civ.

(2) Cf. Aubry et Rau, t. V. § 464, p. 91 ; Demolombe, III. 197 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 289 et 294 ; Demante, *Cours de de Droit civil*.

question se pose pour le prodigue et le faible d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire. Elle se pose aussi pour le sourd-muet.

Ajoutons qu'avant la loi du 31 mai 1854 il y avait lieu d'examiner si le mort civil pouvait faire seul des conventions matrimoniales et consentir des donations par contrat de mariage. Aujourd'hui, d'après cette loi, les condamnés qui, avant 1854, auraient été frappés de mort civile peuvent encourir la dégradation civique ou l'interdiction légale (art. 28, 29 et 31 C. pén.). De plus, d'après la loi de 1854, ces condamnés ne peuvent ni recevoir, ni conférer une libéralité. Pourraient-ils profiter des libéralités que la loi considère comme faisant partie intégrale des conventions matrimoniales? Nous croyons qu'ils le pourraient. La loi leur permet en effet de choisir tel ou tel régime matrimonial qui convient à leur situation. Or cette loi ne modifie pas les conséquences du régime adopté. S'il en résulte un bénéfice pour le condamné il peut évidemment en profiter.

Le condamné, par suite de sa bonne conduite ou de ses bons services, peut être relevé de certaines incapacités. Le législateur a voulu l'encourager à revenir au bien. Il peut recouvrer la jouissance de ses droits civils dans le lieu où il subit sa peine ; il pourra par suite engager les biens qu'il a acquis ou qui lui ont été concédés dans la colonie (art. 3 et 4 loi de 1854). Il n'y a donc aucune difficulté d'accor-

der à ce condamné la faculté de faire, sauf à demander l'autorisation à qui de droit, des conventions matrimoniales dans lesquelles il pourra aliéner et donner les biens qu'il possède dans la colonie.

65. — Toutes les personnes que nous venons d'indiquer ne peuvent disposer seules de leurs biens. L'interdit est frappé par l'art. 502 d'une incapacité absolue de faire aucun acte après l'interdiction. En vertu des art. 503 et 504 les actes d'un dément peuvent être attaqués même après sa mort. D'après les art. 499 et 513, il peut être défendu aux personnes dont l'interdiction aurait été provoquée sans être obtenue et aux prodigues « de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner ou de grever leurs biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal ».

D'autre part, il est certain que ces incapables peuvent se marier. La question, controversée en ce qui concerne l'interdit, est cependant, nous l'avons vu, généralement résolue dans le sens de l'affirmative. De plus, cet interdit peut se marier sans autorisation, car nous ne voyons nulle part que le consentement de son tuteur soit requis pour la validité de son mariage. De même il n'est pas douteux que la personne pourvue d'un conseil judiciaire puisse contracter mariage sans aucune assistance (1).

(1) Caen, 19 mars 1839, D. 1839, II, 275; Amiens, 21 juillet 1852,

En admettant que ces incapables aient atteint leur majorité et qu'ils soient habiles à contracter mariage, pourront-ils faire sans assistance leurs conventions matrimoniales et consentir des donations en faveur de leur conjoint? En un mot, sont-ils capables de toutes les conventions dont un contrat de mariage est susceptible ?

Telle est la question importante et discutée que nous avons maintenant à résoudre.

§ 1. — Système de Troplong

66. — Un premier système soutenu par le célèbre jurisconsulte Troplong doit d'abord être étudié.

Troplong s'occupant de l'interdit rappelle l'opinion de Merlin. La même fin de non-recevoir, dit ce dernier, qui a été jugée suffisante pour couvrir le lien conjugal, l'est nécessairement aussi pour couvrir la donation mutuelle qui avait précédé la formation de ce lien (1).

On peut dire en effet que les conventions matrimoniales sont une condition du mariage lui-même. Si le mariage manque, le contrat de mariage manque aussi. Mais s'il se réalise, comme il est irrévocable, le contrat également doit être irrévocable ; le contrat suit les destinées de l'union conjugale. Si l'union

D. 1852, II, 527 ; Delvincourt, t. I, p. 55 ; Duranton, t. II, n° 35; Demolombe, t. III, Demante, *Cours analyt.*, t. II, n° 285 *bis*. V.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Conventions matrimoniales*, p. 172.

des personnes est invulnérable, il doit en être de même du contrat relatif aux biens. Les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées aux attaques dirigées contre le mariage auront la même valeur à l'encontre de celles qui ont pour objet de faire tomber les conventions matrimoniales, effets civils du mariage. D'ailleurs un consentement jugé suffisant pour soutenir le mariage, engagement indissoluble, qui lie à la fois les personnes et les biens, doit être considéré comme suffisant à l'égard des conventions matrimoniales elles-mêmes, qui ont une moindre portée. On ne peut donc pas scinder le mariage et le contrat de mariage. Il y a indivisibilité entre eux.

On ne peut pas objecter que le mariage est d'ordre public, et par conséquent plus digne de protection que le contrat qui règle des intérêts purement civils.

L'intérêt public est aussi en jeu dans les conventions matrimoniales. Les dots tiennent à l'ordre public; le contrat de mariage ne mérite toute la faveur dont il jouit que parce qu'il est étroitement lié au mariage lui-même. C'est dans des vues d'ordre public que ce contrat est déclaré immuable par la loi. Les tiers y sont intéressés. La famille elle-même a le plus grand intérêt à ce qu'on n'y porte pas atteinte. Si le contrat de mariage discuté et rédigé de bonne foi peut être annulé, ce renversement de ce qui a été convenu est de nature à appauvrir la famille et à tromper sa foi.

Le système qui « scinde le mariage et le contrat de mariage » aboutit à des conséquences qui le condamnent. Des époux se marient sous le régime dotal par exemple. Ce régime est tout dans l'intérêt de la femme. Supposons que le mari ait mal administré et qu'il ait dissipé la dot de sa femme. Les héritiers soutiendront qu'il n'était pas sain d'esprit quand il s'est marié; que par conséquent le contrat de mariage est nul et qu'au régime dotal doit se substituer le régime légal, c'est-à-dire la communauté. Les intérêts de la femme qui avait apporté une dot seront ainsi sacrifiés. Dira-t-on que la nullité doit être réservée pour les donations faites par l'interdit? Mais on ne peut pas plus diviser le consentement qu'on ne pourrait scinder le contrat de mariage et le mariage. Le consentement ne peut pas être bon pour une partie et mauvais pour l'autre. « Les clauses d'un contrat de mariage ne sont pas susceptibles de division; elles se lient, s'enchaînent, se coordonnent. » Il y a donc indivisibilité entre le contrat et le mariage. De plus, le contrat de mariage est indivisible.

L'art. 502 du Code civil n'est pas un obstacle; cet article est réservé pour les actes ordinaires étrangers au mariage. Le mariage en lui-même est en dehors de l'art. 502 ; ses effets civils doivent aussi en être exceptés. Le mariage réalisé produit des effets nécessaires qui affectent les biens. C'est ainsi que par

suite de la communauté légale résultent des aliénations qui peuvent être considérables ; de plus, comme conséquence du mariage, les immeubles du mari incapable sont grevés d'une hypothèque générale. Ces effets du mariage se produisant malgré l'art. 502 n'indiquent-ils pas que le contrat de mariage est soumis à des règles particulières ?

Du reste, il y a entre les actes faits en vue du mariage et ceux que vise l'art. 502 une différence profonde. Dans le cas de mariage, en effet, la famille peut sauvegarder les intérêts de l'interdit en faisant opposition à son mariage en vertu de l'art. 174 du Code civil. C'est un moyen préventif et la loi ne lui donne que ce moyen, très suffisant d'ailleurs, parce qu'elle désire la stabilité des conventions matrimoniales comme celle du mariage. Au contraire, il n'y a aucun moyen de prévenir les actes ordinaires qui ne sont pas faits en vue du mariage.

Telle était la thèse de Troplong en ce qui concerne l'interdit. Le même raisonnement s'appliquait aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire. « Je me renferme, disait à cet égard l'illustre jurisconsulte, dans la règle plus sûre, plus favorable aux mariages : *habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia* (1).

67. — Nous croyons que la doctrine de Troplong

(1) Troplong, *Du contrat de mariage*, I, nos 99 et suiv., no 297.

doit être abandonnée. La jurisprudence et les auteurs admettent unanimement aujourd'hui que les incapables, autres que le mineur, sont, en matière de contrat de mariage, soumis au droit commun, quant à leur capacité.

Tous les monuments de jurisprudence que nous avons dépouillés à ce sujet parlent de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, prodigue ou faible d'esprit. Mais, ce qui est vrai pour ces derniers incapables, l'est aussi pour l'interdit qui aurait fait un contrat de mariage sans être assisté. Il n'est pas douteux que cet incapable doive, pour faire son contrat de mariage, être assisté de son tuteur. Il avait même besoin, croyons-nous, de l'autorisation du conseil de famille pour toutes les conventions matrimoniales autres que l'adoption du régime de la communauté légale ou du régime de séparation de biens.

M. de Folleville répond très bien, en ce qui concerne l'interdit, à l'argument que Troplong tirait de l'indivisibilité du contrat de mariage et du mariage lui-même. « Le contrat pécuniaire de mariage et le lien matrimonial qui se noue devant l'officier de l'état civil, dit-il, sont en effet deux actes d'une nature essentiellement différente. Si l'art. 1398 a édicté une règle uniforme de capacité pour ces deux actes au profit du mineur, il ne l'a pas fait et aucun texte ne l'a fait pour l'interdit. L'art. 1398 est un texte

d'exception, non susceptible, par conséquent, de s'étendre par analogie. Il faut donc ici rester dans les termes du droit commun déterminé par l'art. 502 C. civ. Dès lors si le tuteur n'avait pas donné son consentement au contrat pécuniaire de mariage, il serait en droit d'en demander la nullité, lors même que le mariage lui-même serait déclaré valable (1). »

Ainsi, il n'y a point indivisibilité entre le contrat de mariage et le mariage; l'art. 1398 C. civ. est un texte exceptionnel qu'il faut interpréter strictement et qui ne permet pas de déroger au droit commun en ce qui concerne l'interdit.

68. — Le dément dont l'interdiction n'a pas été prononcée conserve la faculté de disposer de ses biens dans un intervalle lucide. Ce dément n'est pas soumis à la présomption légale d'incapacité qui pèse sur l'interdit ; mais les actes qu'il a passés peuvent être attaqués dans les termes du droit commun. Si ce dément venait à être interdit, son contrat pourrait être annulé en vertu de l'art. 503 du Code civil si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où il a été fait. Si le dément meurt sans être interdit, l'art. 504 est applicable et le contrat

(1) De Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, I, n° 107. *Adde.:* Aubry et Rau, t. V, § 502, note 14, p. 240 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 15 *bis* VIII.

D'après Laurent, t. XXI, n° 37 et Guillouard, t. I, n° 322, c'est le tuteur qui doit consentir en sa qualité de mandataire légal de l'interdit.

ne pourra plus être attaqué. Toutefois, si le contrat contenait des donations, elles pourraient tomber en vertu de l'article 901 du C. civ. comme n'étant pas l'œuvre d'une personne saine d'esprit (1).

Ici encore l'opinion de Troplong doit être repoussée et le contrat de mariage devrait tomber alors même que le mariage serait maintenu. Il n'y a en effet aucune indivisibilité nécessaire entre eux.

§ 2. — Système de la jurisprudence (Cour de cassation et Cours d'appel).

69. — C'est surtout en ce qui concerne le prodigue et le faible d'esprit que la discussion a été vive. A ce propos un désaccord prolongé a éclaté entre la Cour de cassation et les Cours d'appel. Il est nécessaire d'exposer la controverse dans ses détails.

Dans un arrêt fameux du 24 décembre 1856 (2), la Cour de cassation avait posé en principe que la capacité de contracter mariage emporte, pour l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, celle de consentir toutes les conventions et dispositions de futur à futur dont le contrat de mariage est susceptible. Cette jurisprudence consacrait un principe qui devait nécessairement s'appliquer aussi à l'interdit.

Dans l'espèce soumise à la Cour suprême, il

(1) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, pp. 240 et suiv.; Laurent, t. XXI, nº 88; Guillouard, t. I, nº 324.

(2) Sirey, 57, I, 245.

s'agissait de savoir si une femme, pourvue d'un conseil judiciaire, avait pu, sans l'assistance de son conseil, faire, au profit de son conjoint, une institution contractuelle.

70. — L'affaire avait été jugée par la Cour d'appel de Pau par un arrêt du 31 juillet 1855 duquel il résultait :

1° Que le contrat de mariage et l'acte de mariage ne sont pas tellement liés ou indivisibles quant à la capacité, que les conventions matrimoniales soient à l'abri de toute attaque par cela seul que le mariage lui-même se trouve inattaquable ; ici est inapplicable la maxime *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. En conséquence, les conventions matrimoniales consenties par une personne pourvue d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil, peuvent être attaquées, bien que le mariage soit valable.

2° Que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut, bien qu'il soit habile à contracter mariage sans l'assistance de son conseil, faire seul, par contrat de mariage, une donation ou institution contractuelle au profit de son conjoint ; c'est là un acte d'aliénation prohibé par la loi.

Telle était la doctrine de la cour de Pau. Elle repoussait l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage et déclarait que l'incapable demeurant soumis au droit commun ne pouvait réclamer le

bénéfice de la règle que l'art. 1398 consacre en faveur du mineur.

71. — La chambre civile de la Cour de cassation, sous l'influence de Troplong sans doute, cassa l'arrêt de la Cour de Pau. Il faut noter que l'arrêt de la Cour suprême fut rendu par défaut et contrairement aux conclusions de l'avocat général. La Cour de cassation a d'ailleurs persisté dans sa jurisprudence jusqu'en 1889.

Analysons les motifs de l'arrêt du 24 décembre 1856.

La liberté de contracter mariage, reconnue au prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, emporte avec elle la capacité de consentir toutes les conventions et dispositions de futur à futur dont le contrat de mariage est susceptible.

On ne peut diviser le contrat de mariage et, tout en maintenant le régime d'association conjugale qui a pour base la volonté expresse ou tacite des futurs époux, déclarer sans validité les pactes ou dons de gains de survie qui s'y trouveraient mêlés, parce que, dans ce contrat, tous les pactes s'enchaînent et se mettent en équilibre. Cet ensemble de stipulations combinées est souvent la condition du mariage et en subordonner la validité au consentement d'un tiers, tel que le conseil judiciaire, ce serait faire dépendre d'une volonté étrangère le mariage même qui doit demeurer entièrement libre.

Si l'on appliquait en matière de contrat de mariage les prohibitions d'aliéner et d'hypothéquer portées dans les art. 513 et 499 du C. civ., elles feraient obstacle à la constitution de l'hypothèque de la femme sur les biens du mari et à d'autres conséquences du régime de communauté. Les prohibitions de l'art. 513 relatives aux conventions ordinaires, dans lesquelles il ne s'agit que de balancer des intérêts matériels, ne sont point applicables aux conventions matrimoniales arrêtées en vue du mariage, sous l'influence des considérations qui le déterminent et dans lesquelles doit dominer, en vertu d'un principe commun aux deux actes, la liberté qui est l'âme du consentement des parties.

Voilà ce que disait la Cour de cassation; elle s'appuyait sur quatre arguments :

1° La liberté de contracter mariage emporte la capacité de faire son contrat de mariage et d'y consentir des donations;

2° On ne peut diviser le contrat de mariage et, tout en maintenant le régime adopté par les époux, annuler les donations qui s'y trouvent mêlées;

3° Le droit commun ne saurait s'appliquer au contrat de mariage du prodigue, puisque les prohibitions d'aliéner et d'hypothéquer qu'il établit feraient obstacle à la constitution de l'hypothèque légale de la femme et à d'autres conséquences du régime de communauté, ce qui est inadmissible;

4° Enfin, en subordonnant le contrat de mariage à l'assistance du conseil, on fait dépendre le mariage lui-même de la volonté d'un tiers.

Remarquons dès à présent que l'arrêt de la Cour de cassation de 1889 ne reproduit pas l'argument tiré de ce fait que l'art. 513, s'il était appliqué au contrat de mariage, mettrait obstacle à la constitution de l'hypothèque légale de la femme mariée.

L'affaire sur laquelle venait de se prononcer la Cour de cassation fut renvoyée devant la Cour d'Agen. Cette dernière, se ralliant à la jurisprudence de la Cour de Pau, décide que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, bien qu'habile à contracter mariage sans l'assistance de ce conseil, ne peut faire seul, par contrat de mariage, une donation ou institution contractuelle au profit de son conjoint; c'est là un acte d'aliénation prohibé par la loi (1).

§ 3. — Capacité relativement au choix d'un régime matrimonial et aux donations

72. — La question se trouvait nettement posée par ces diverses décisions. La capacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut être examinée à deux points de vue en notre matière :

1° Quelle est cette capacité en ce qui concerne les

(1) Agen, 21 juillet 1857; S. 1857, II, 530.— *Adde :* Bordeaux, 7 février 1855; S. 56, II, 65.

conventions matrimoniales proprement dites, c'est-à-dire l'adoption d'un régime matrimonial ?

2° Le prodigue ou le faible d'esprit, peut-il faire des donations au profit de son conjoint ?

A. — *Choix d'un régime matrimonial*

73. — Le prodigue et le faible d'esprit peuvent, sans l'assistance de leur conseil judiciaire, faire choix dans leur contrat de mariage d'un régime matrimonial, pourvu que ce choix s'exerce dans les limites de leur capacité telle qu'elle est réglée par les art. 499 et 513 du Code civil.

Pour étudier les limites de cette capacité, il est nécessaire de l'examiner spécialement pour chaque régime matrimonial que peut adopter le prodigue ou le faible d'esprit. Il faut aussi distinguer le cas où le conseil judiciaire est donné au mari et celui où il est donné à la femme.

74. — *Communauté légale.* — Ce régime peut paraître contraire aux deux cas d'incapacité; il entraîne en effet des aliénations considérables. Le mobilier des époux et l'usufruit de leurs immeubles tombent dans la communauté. Si, par exemple, un prodigue se marie avec 400.000 fr. de fortune mobilière et qu'il adopte le régime de droit commun, il peut, par l'adoption de ce régime, aliéner valablement la moitié de sa fortune, soit 200.000 fr., malgré

l'art. 513. Il a pu se marier sans assistance, malgré même le refus de son conseil. On décide cependant que le contrat de mariage est valable. Au contraire, si, ayant une fortune immobilière de 400.000 fr., il avait ameubli seulement pour 50.000 fr. de cette fortune, cette convention ne serait pas valable, par application de l'art. 513.

Lorsqu'on n'admet pas la doctrine radicale des arrêts de la Cour suprême, de 1856 et de 1889, on se heurte à des difficultés inextricables. Nous venons de montrer combien était dangereuse la faculté laissée au prodigue et au faible d'esprit d'adopter la communauté légale.

De nombreux et éminents jurisconsultes reconnaissent pourtant que leur capacité va jusque-là. D'après Aubry et Rau la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut se soumettre expressément ou tacitement à la communauté légale. M. Colmet de Santerre est aussi de cet avis. D'après lui, la communauté légale « est le résultat d'une organisation du législateur qui a cherché à balancer les intérêts des parties, et ne peut être considérée par la loi comme pouvant entraîner pour l'un des époux des conséquences fâcheuses ». L'époux aliène, dit-il encore, mais il acquiert. Cela n'est pas toujours vrai. Souvent, au contraire, un époux aliène sans compensation. L'aliénation, en tout cas, dit l'auteur que nous citons, ne découle pas directement de la volonté des

parties; elle est une conséquence de la loi. Elle échappe donc à l'art. 513 (1).

Il n'en est pas moins vrai que l'aliénation peut exister et la raison donnée par M. Colmet de Santerre pour justifier son opinion nous paraît plus subtile que satisfaisante.

Aussi certains auteurs, pour échapper aux conséquences de la communauté légale, ont dénié au prodigue et au faible d'esprit la capacité d'adopter ce régime sans l'assistance de son conseil (2).

75. — *Régime sans communauté.* — Ce régime constitue pour la femme une aliénation de l'usufruit de ses biens. Elle ne pourrait donc pas se marier sous ce régime, si elle était pourvue d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil. C'est l'avis de M. Colmet de Santerre (3). Ce régime nous paraît cependant moins dangereux que la communauté légale ; les aliénations qu'il entraîne sont moins considérables. Le mari, pour lequel ce régime n'a pas les mêmes conséquences que pour la femme, peut l'adopter, même s'il est pourvu d'un conseil judiciaire et sans l'assistance de ce conseil.

76. — *Séparation de biens.* — Ce régime peut

(1) Cf. Aubry et Rau, t. V, § 502, p. 235, et Colmet de Santerre, t. VI, 15 *bis*, XIV et XV.

(2) Demolombe, t. I, n° 22, *Du mariage;* t. II, n° 740, *De la minorité;* — Bertauld, *Revue Critique*, 1865, t. XXVI, p. 289 ; — Demante, t. II, n° 285 *bis* V. Cf. Caen, 16 mars 1839, S. 39, II, 275.

(3). *Loc. cit.*

être valablement stipulé, car il n'en résulte aucune aliénation pour les époux. Demolombe soutient même que ce régime seul peut être adopté par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (1).

D'après M. Guillouard, l'incapable que nous envisageons peut adopter la communauté légale ; il peut *a fortiori* adopter le régime de la séparation de biens ou le régime dotal ou le régime exclusif de communauté. « Ni l'un ni l'autre de ces régimes, dit-il, n'entraîne l'aliénation des biens de l'un ou l'autre des époux, mais seulement l'adoption d'un certain mode de jouissance de revenu des biens (2). »

En somme, il y a, au point de vue que nous considérons, des divergences importantes dans la doctrine.

77. — La théorie que la Cour de cassation avait consacrée dans ses arrêts de 1856 et de 1889 exclut, nous le savons, toutes ces divergences. Elle a pour base la maxime *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, prise absolument à la lettre. Cette doctrine de la Cour suprême ne doit pas être approuvée. La règle que la Cour posait comme un axiome qui n'a pas besoin d'être démontré n'existe point, en effet, dans notre législation actuelle. De plus, dans l'application qu'elle en a faite, la Cour de cassation en a méconnu

(1) *Loc. cit.*
(2) Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 321.

le sens, tel qu'il avait été déterminé par notre ancienne jurisprudence.

A la vérité, l'art. 1398 C. civ. fait au mineur l'application de la règle *habilis ad nuptias*... Cet incapable peut faire, en effet, toutes les conventions que comporte le contrat de mariage dans les conditions qui sont requises pour le mariage lui-même. Mais cette disposition est spéciale au mineur. Elle ne veut pas dire qu'il y ait dans nos lois une règle générale qu'on puisse étendre à tous les incapables. L'art. 1398 constitue une exception au droit commun. On ne saurait le généraliser par un argument d'analogie. Il n'y a, d'ailleurs, aucune espèce d'analogie entre la situation du mineur et celle du prodigue ou du faible d'esprit. On comprend que la loi, voulant favoriser le mariage du mineur, ait facilité pour lui les arrangements d'ordre pécuniaire qui accompagnent le mariage et en sont habituellement la condition. Le législateur n'a pas vu le même intérêt à favoriser le mariage du prodigue ou du faible d'esprit. De plus, le mineur, ne pouvant se marier qu'avec l'autorisation des personnes déterminées par la loi, conserve pour faire ses conventions matrimoniales la même protection. Au contraire, la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut se marier sans aucune assistance. Qui donc la protégera, dans son contrat de mariage, contre tous les pièges qui lui seront tendus?

78. — La Cour, du reste, ne pouvait s'autoriser des précédents historiques. Nous l'avons montré par avance. Nous avons indiqué, en effet, dans notre introduction, quel sens il fallait donner à l'adage *habilis ad nuptias*... La jurisprudence était loin de lui donner, même pour le mineur, la portée que lui donne aujourd'hui l'art. 1398. Quant au prodigue et au faible d'esprit, nous savons que cette jurisprudence reconnaissait au juge le droit de modifier les conventions matrimoniales pour les réduire quand elles lui paraissaient exorbitantes (1). Enfin la preuve que cette maxime ne saurait constituer une règle générale dans notre droit et que la capacité de faire son contrat de mariage sans assistance ne découle pas pour le prodigue et le faible d'esprit de la capacité de se marier sans assistance, c'est que le législatenr a donné au mineur cette capacité par un texte spécial (2).

Nous savons que Troplong, pour justifier l'application générale qu'il voulait faire de la prétendue règle dont il s'agit, s'appuyait sur cette considération que le mariage et le contrat de mariage sont indissolublement liés l'un à l'autre. L'argument fut repris par M. l'avocat général Donnodevie qui donna des conclusions dans l'affaire renvoyée à la Cour

(1) Merlin, *loc. cit.*

(2) Cf. *Conclusions de M. le Procureur général* Ronjat (*Gaz. des trib.*, 27-28 juin 1892, p. 628).

d'Agen. La capacité que l'on a pour le mariage, disait ce magistrat, entraîne celle que l'on doit avoir pour le contrat de mariage. Il n'est pas dans la volonté du législateur qu'on sépare ces deux actes. Les conventions matrimoniales font souvent le mariage et le lien qui les rattache est très étroit. Qui veut la fin veut les moyens, disait-il encore après Troplong. Tout s'enchaîne et se tient dans un acte qui a pour base la liberté, laquelle est l'âme du consentement.

79. — Il n'y a pas lieu de s'arrêter à cet argument. Si, en effet, le contrat de mariage ne peut subsister quand le mariage tombe, sauf le cas de mariage putatif (C. civ., 201 et 202), le maintien du mariage n'implique aucunement le maintien du contrat de mariage qui est soumis à des règles propres et distinctes. C'est ce qu'a jugé la Cour de Pau dans son arrêt du 31 juillet 1855 cassé par la Cour suprême. La Cour de cassation elle-même l'avait décidé dans un arrêt du 28 novembre 1831 dont voici les motifs :

« Attendu que le mariage et le contrat qui en règle les conditions purement civiles ne sont pas et ne doivent pas être rigoureusement soumis aux mêmes règles ; en effet, le mariage tient essentiellement à l'ordre et au droit public, tandis que les conventions civiles ne peuvent être régies que par le droit civil, et souvent des mariages ont été privés des effets civils sans être annulés ;

« Attendu qu'il n'existe aucune loi qui ait telle-

ment lié le contrat de mariage et le mariage qu'il soit légalement impossible de maintenir le mariage sans maintenir les conventions civiles (1). »

L'argument tiré de l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage n'a donc aucune valeur.

80. — Au contraire, celui que la Cour de cassation, dans son arrêt de 1856, faisait résulter de cette considération que, subordonner la validité du mariage au consentement d'un tiers, tel que le conseil judiciaire, ce serait faire dépendre d'une volonté étrangère le mariage même qui doit demeurer entièrement libre, mérite de retenir l'attention. Les arrangements d'ordre pécuniaire qui accompagnent le mariage ont une influence décisive sur sa conclusion. Il résulte de là que celui qui doit donner son consentement aux conventions matrimoniales est souvent maître du mariage en ce sens qu'il peut l'empêcher. Le système qui exige l'intervention du conseil judiciaire au contrat de mariage du prodigue ou du faible d'esprit manque d'harmonie. Cet inconvénient ne se rencontre pas lorsqu'il s'agit du mineur. Ce dernier, en effet, n'est tenu d'obtenir pour faire son contrat de mariage d'autre consentement que celui des personnes qui ont qualité pour consentir au mariage. Ne doit-on pas dès lors écarter le conseil judiciaire ? M. le Procureur général Ron-

(1) Cass. civ., 28 nov. 1831 ; S. 32, I, 358. — Cf. de Folleville, *loc. cit., supra.*

jat, dans ses conclusions citées *supra*, a fait à cet argument une réponse qui n'est pas nouvelle. Il ne faut pas, dit-il, confondre la liberté du mariage avec la liberté du contrat. « Le mariage est libre quand on n'est pas contraint d'épouser la personne qu'on n'agrée pas et qu'on n'est pas empêché d'épouser celle qu'on a choisie. » Il arrive tous les jours que les parties, ne s'entendant pas sur le règlement des intérêts pécuniaires, des mariages ne sont pas conclus. Si, par exemple, les parents refusant d'augmenter la dot, le mariage n'est pas conclu par suite de ce fait, on ne pourra cependant pas dire qu'on ait porté atteinte à la liberté du mariage.

Cette réponse à l'objection présentée ne nous paraît pas décisive.

MM. Aubry et Rau considèrent qu'en tout cas l'ingérence du conseil judiciaire ne saurait avoir d'inconvénient. En effet, « si la personne à laquelle veut s'unir le prodigue ou le faible d'esprit ne se contente pas des effets de la communauté légale, par exemple, et veut se faire consentir des avantages exagérés auxquels le conseil résiste, si ce refus d'assistance devient un empêchement au mariage, un tel résultat n'est pas pour rendre momentanément au prodigue la libre disposition de sa fortune (1) ». D'ailleurs si le prodigue ou le faible d'esprit se heur-

(1) Conclusions du procureur général Ronjat, *loc. cit.*, *supra*. Aubry et Rau, t. V, § 502, note 12, p. 236.

tait à une résistance injustifiée de la part du conseil judiciaire, il pourrait s'adresser aux tribunaux. Cette dernière considération est plus topique ; car, en définitive, il est bien certain que le conseil judiciaire intervenant au contrat aura une influence sur la conclusion du mariage lui-même.

81. — La Cour suprême en 1856 invoquait encore un argument qui n'est pas reproduit dans l'arrêt de 1889. La Chambre civile faisait, nous le savons, en 1856, le raisonnement suivant : « Si l'on appliquait en matière de contrat de mariage les prohibitions d'aliéner et d'hypothéquer portées dans l'art. 513 (et 499), elles feraient obstacle à la constitution d'hypothèque de la femme sur le bien du mari et à d'autres conséquences du régime de la communauté. »

Cet argument, invoqué par la Cour de cassation à l'appui de sa thèse, indique que la Cour admettait implicitement que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut se marier sous le régime de la communauté légale et que, s'il se marie sans contrat, c'est ce régime qu'il est présumé avoir adopté d'après le droit commun. Nous aurons à examiner cette question, lorsque nous étudierons celle de savoir sous quel régime est marié l'incapable dont le contrat de mariage est nul. Elle s'y rattache étroitement.

L'argument tiré de ce fait que si les art. 513 et 499 étaient appliqués à la personne pourvue d'un conseil judiciaire en matière de contrat de mariage,

cela mettrait obstacle à la constitution de l'hypothèque légale, n'a aucune valeur. L'hypothèque de la femme sur les biens du mari est une conséquence légale et nécessaire du mariage ; ce n'est pas la volonté du mari qui l'établit, mais la loi. La constitution de cette hypothèque ne prouve donc rien pour la capacité du prodigue de disposer par contrat de mariage.

En ce qui touche la communauté légale, l'argument est plus spécieux. Ce régime en effet implique de la part de chacun des futurs époux la mise en commun et par suite l'aliénation partielle soit de la propriété, soit de la jouissance de ses biens. On pourrait dire que ce résultat est bien l'œuvre de la volonté des parties qui étaient libres de ne pas se soumettre à la communauté légale, laquelle d'après Du Moulin n'est qu'une *communauté conventionnelle tacite*. Pothier accepte cette qualification (1). Cela ne veut pas dire que la communauté légale ne saurait être le régime de ceux qui se marient sans avoir la capacité de disposer de leurs biens. Aussi, à ce point de vue, on peut dire, sauf à examiner la question de plus près dans la dernière partie de ce travail, que la capacité de se marier entraîne la capacité de se soumettre à ce que la loi institue comme conséquence légale du mariage. En ce sens, on pour-

(1) Pothier, *op. cit.*, t. VII, p. 59, n° 10.

rait faire au prodigue et au faible d'esprit application de la maxime *habilis ad nuptias...*, etc. (1).

82. — La doctrine de la Cour de cassation n'a jamais été suivie par les Cours d'appel, qui lui ont opposé sur ce point une vive résistance. Les Cours d'appel ont fini par triompher. C'est ainsi que la Cour d'Orléans, dans une affaire Brunet contre Niclotte, rendait, le 11 décembre 1890, un arrêt dans lequel elle condamnait la doctrine de la Cour de cassation formulée cependant à nouveau l'année précédente dans la même affaire. Saisie par un nouveau pourvoi, la Cour suprême rendit, à la date du 21 juin 1892 et toutes Chambres réunies, un arrêt dans lequel elle se rallie à la jurisprudence des Cours d'appel. Elle admet en effet dans cet arrêt que la personne pourvue d'un conseil judiciaire, bien qu'habile à contracter mariage sans l'assistance de son conseil, ne peut faire seule par contrat de mariage une donation en faveur de son conjoint ; c'est là un acte d'aliénation qui lui est interdit par la loi. D'ailleurs la nullité de la donation n'entraîne pas celle des autres conventions matrimoniales. Cet arrêt qui ne parle que des donations résout néanmoins la question de principe sur laquelle tout le monde est d'accord, à savoir que les incapables autres que le mi-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Adde*, note sous Cass., 21 juin 1892; S. 94, I, 449.

neur sont, quant à leur contrat de mariage, placés sous l'empire du droit commun.

Il en résulte que la personne pourvue d'un conseil judiciaire devra nécessairement se faire assister de son conseil dans ses conventions matrimoniales toutes les fois que ces conventions aggraveront pour elle et sur ses biens les sacrifices résultant de la communauté légale (1).

B. — *Donations.*

83. — Examinons maintenant l'évolution de la jurisprudence et l'état de la doctrine en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit qu'un individu pourvu d'un conseil judiciaire voudrait faire seul par contrat de mariage en faveur de son conjoint.

Nous venons de voir par l'arrêt de la Cour suprême, du 21 juin 1892, que cet individu est incapable de pareilles libéralités. En 1856 et 1889, la Cour, nous le savons, en avait décidé autrement.

Elle s'appuyait, comme nous l'avons déjà vu, sur la maxime *habilis ad nuptias*... Nous savons ce que valait cet argument.

La Cour en invoquait un autre déjà formulé par Troplong dont elle avait adopté tout le système.

(1) Note de M. Bufnoir sous Cass., ch. réunies. S. 94, I, 449. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Traité du contrat de mariage*, t. I, p. 135, n° 157, *in fine*.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, disait la Cour, d'après ce jurisconsulte, peut sans aucune assistance choisir tel régime matrimonial qu'il lui plaît. Il y a indivisibilité entre le contrat de mariage et le mariage. Mais d'autre part le contrat de mariage est lui-même indivisible. On ne peut diviser ce contrat et, tout en maintenant le régime d'association conjugale, déclarer sans validité les donations contenues dans le contrat. « Si, par le mariage, disait Troplong, le prodigue peut couvrir ses biens d'une hypothèque générale, il peut aussi pour le mariage faire à sa future une donation entre vifs de biens présents. Une telle donation a son motif raisonnable dans le mariage. Ce n'est pas un effet de la dissipation, comme dans les donations ordinaires. Ce n'est même pas une libéralité sans retour, sans compensation, sans prix : l'épouse a donné sa beauté, sa jeunesse, sa liberté, ses soins tendres et empressés. Je vois là le contrat *do ut des*, plutôt qu'une donation pure et simple (1). »

84. — D'après certains auteurs, il y a lieu de distinguer entre les donations pour se prononcer sur leur sort. Ainsi une donation de biens présents serait nulle parce qu'elle entraîne le dessaisissement actuel du donateur. Au contraire, une donation de biens à venir, une institution contractuelle devrait être

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 297.

maintenue car elle n'appauvrit pas immédiatement le donateur. Une pareille donation est en quelque sorte un testament qui a pour caractère d'être irrévocable. Mais le donateur n'a disposé que pour l'avenir. Il n'a perdu que la faculté d'aliéner à titre gratuit. Or, renoncer à une faculté, à un droit, ce n'est pas aliéner. On a voulu protéger le prodigue contre des profusions, des dépenses exagérées et sans utilité. Il est impossible que la loi ait voulu lui interdire des dispositions dont peut dépendre son mariage, c'est-à-dire la régularisation et la moralisation de sa vie (1).

85. — Nous nous rallions à une troisième opinion qui refuse au prodigue et au faible d'esprit la capacité de faire à son conjoint aucune espèce de donation sans l'assistance du conseil judiciaire. Cette opinion est consacrée par de nombreux arrêts des Cours d'appel. La Cour de cassation s'est elle-même rangée à cette opinion en 1892. Cette doctrine est la seule vraie. Il est certain que le prodigue ou le faible d'esprit qui ne peut aliéner ses biens sans assistance est incapable de faire seul une donation à son conjoint, même par contrat de mariage. Le motif en est que donner c'est aliéner dans le sens des articles 499 et 513. La donation constitue même une alié-

(1) Toullier, t. II, n° 1379; — Duranton, t. III, n° 800; — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 45. — Cf. Conclusions avocat général Donnodevie sous Agen, 21 juillet 1857 ; S. 57, II, 530.

nation plus grave que toute autre, puisque le donateur se dépouille généralement sans compensation. La Cour de cassation, dans son ancienne jurisprudence, avait appliqué aux donations la maxime *habilis ad nuptias*... comme elle l'avait fait à toutes les conventions matrimoniales. Elle respectait ces donations par suite de l'indivisibilité des conventions matrimoniales. Voici quels étaient les motifs de l'arrêt de 1889 touchant cette indivisibilité :

« Attendu qu'on ne peut diviser le contrat de mariage et, tout en maintenant le régime d'association conjugale qui a pour base la volonté expresse ou tacite des futurs époux, déclarer nuls les pactes ou dons de gains de survie qui s'y trouveraient mêlés ;

« Que cet ensemble de stipulations combinées est souvent la condition du mariage et qu'en subordonner la validité au consentement d'un tiers, tel que le conconseil judiciaire, ce serait faire dépendre d'une volonté étrangère le mariage même qui doit demeurer entièrement libre (1). »

Nous retrouvons exprimée dans cet arrêt cette raison assurément grave, déjà invoquée par la Cour suprême en 1856, que l'assistance du conseil judiciaire, qui cependant n'a pas qualité pour consentir au mariage, porte atteinte à la liberté du mariage. A notre sens il n'a jamais été fait de réponse suffisante à cette objection des partisans de la capacité.

(1) S. 1889, I, 413.

Dans son dernier arrêt, la Cour pose en principe que l'indivisibilité autrefois invoquée n'existe pas et que la nullité des donations n'entraîne pas celle des autres conventions matrimoniales.

Si donc, d'après la jurisprudence actuelle, il n'y a pas indivisibilité dans le contrat de mariage, le régime matrimonial choisi par l'incapable pourra être maintenu alors même que les donations seraient annulées comme constituant une aliénation prohibée par la loi.

86. — Nous avons essayé de déterminer la capacité du prodigue et du faible d'esprit relativement au choix de son régime matrimonial. Nous savons que cette capacité peut s'exercer en tant que les futurs époux se soumettront à ce que la loi institue comme conséquence légale du mariage. Ils pourront adopter la communauté légale que la loi considère à tort ou à raison comme le meilleur régime matrimonial. Cependant certains auteurs, comme nous l'avons indiqué déjà, prétendent que ce régime, comportant des aliénations qui peuvent être graves, ne saurait être adopté par le prodigue ou le faible d'esprit sans l'assistance du conseil judiciaire. Quoi qu'il en soit, la nullité des donations n'entraîne pas forcément la chute du contrat de mariage tout entier. Les tribunaux tout en en prononçant la nullité peuvent respecter le régime choisi par les époux (1).

(1) Cass. (ch. réunies), 21 juin 1892; S. 94, I, 449.

87. — A l'inverse, lorsque le contrat de mariage est nul parce que les époux, n'ayant pas la capacité requise, ont choisi, sans être assistés, un régime matrimonial qu'ils ne pouvaient adopter, les donations comprises dans le contrat de mariage sont forcément anéanties. Elles le sont alors même qu'elles émanent non d'un époux, mais d'un tiers. Il s'agit par exemple d'une donation de biens à venir faite par un tiers à l'époux incapable d'arrêter seul ses conventions matrimoniales, ou même à l'époux capable. Cette donation ne peut se faire que par contrat de mariage. Elle n'en est pas moins nulle. Elle est entachée de la même nullité que celle qui vicie le contrat de mariage. Elle doit donc disparaître comme lui.

88. — On a cependant soutenu qu'une donation de biens à venir, faite par l'époux incapable dans un contrat de mariage qui n'est pas absolument nul par suite de ce fait que l'incapable s'est marié sous le régime de la séparation de biens ou même de la communauté légale, n'est pas nulle. S'il est vrai qu'une donation de biens présents le soit, dit-on, la donation de biens à venir, qui n'a pas le même caractère, doit être maintenue. Nous avons indiqué déjà cette théorie. Nous devons la réfuter.

Il n'y a tout d'abord aucune raison légale de distinguer entre les donations de biens à venir et les donations de biens présents. En droit, il n'y a que

deux façons de disposer à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. Ce dernier est essentiellement révocable. Or les donations quelles qu'elles soient, même les institutions contractuelles, sont de leur nature irrévocables. Sans doute, ces dernières participent du testament permis au prodigue en ce qu'elles ont seulement pour objet les biens que le donateur laissera à son décès. Mais cela ne leur enlève pas leur caractère et l'effet immédiat qu'elles produiront. La quotité disponible se trouvera épuisée totalement ou en partie. Le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit. Ses affections ou ses intérêts peuvent cependant exiger un autre emploi de sa fortune. Il ne pourra même plus disposer en faveur des enfants issus du mariage. Seuls, les dons de sommes modiques lui seront désormais permis. Il y a donc appauvrissement actuel et certain du donateur. Par là, il est incontestable que la donation de biens à venir constitue une véritable aliénation et qu'elle est interdite aux incapables aussi bien que la donation de biens présents.

89. — Dans l'espèce soumise en 1855 à la Cour de Pau il s'agissait précisément de savoir si un prodigue pouvait faire une institution contractuelle au profit de son conjoint. La Cour décida, par arrêt du 31 juillet 1855, qu'il ne le pouvait pas. Après avoir repoussé la théorie de Troplong sur l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage, après avoir

déclaré hors de propos et abusif l'appel fait à la maxime *habilis ad nuptias*... dans l'espèce, la Cour s'exprime de la façon suivante en ce qui concerne spécialement l'institution contractuelle :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 513 du C. civ. l'individu pourvu d'un conseil judiciaire est sous le lien de prohibitions qui le rendent incapable de contracter sans l'assistance de son conseil ; que notamment il est frappé de l'incapacité d'aliéner... ; que, dans l'espèce, Rivarès ayant fait donation contractuelle de tous ses biens à venir sans l'assistance de son conseil, cette disposition est frappée d'une nullité absolue par les dispositions de l'art. 502 du même Code ; qu'en effet on ne saurait contester qu'en règle générale les donations ne soient considérées comme une aliénation ; que si l'institution contractuelle ne dessaisit pas actuellement le donateur, elle lui fait perdre le droit de transmettre les mêmes biens au même titre, elle épuise dans ses mains la quotité disponible, elle ne lui laisse plus la faculté de disposer à titre gratuit d'aucune partie de sa fortune ; il ne peut, plus tard, faire régulièrement les libéralités que ses affections et ses intérêts pourraient lui conseiller envers des étrangers et même envers des enfants qui peuvent naître de son mariage (1). »

(1) Pau, 31 juillet 1855 (S. 56, II, 69).

Nous savons que, malgré la jurisprudence contraire de la Cour de cassation, les Cours d'appel ont toujours jugé comme la Cour de Pau et qu'enfin la Cour suprême elle-même s'est ralliée à la doctrine unanimement admise par les Cours d'appel (1).

90. — Nous avons étudié la capacité en elle-même, nous avons déterminé son étendue en ce qui concerne les différentes personnes que la loi a jugé nécessaire de couvrir d'une protection spéciale dans la confection de leur contrat de mariage ; voyons maintenant ce qui se passe lorsque les règles de protection établies par la loi auront été violées.

Étant donné que le contrat de mariage d'un incapable fait en violation des règles que nous avons étudiées est nul, nous avons à rechercher les caractères de cette sanction et les conséquences qu'elle entraîne.

Nous diviserons pour cela notre étude en deux parties principales.

Dans un premier chapitre, nous rechercherons

(1) Bordeaux, 7 février 1855, S. 56, II, 65 ; — Agen, 21 juillet 1857, S. 57, II, 530 ; — Orléans, 11 décembre 1890, S. 91, II, 199. — *Adde :* Marcadé sur 513, n° 1, et 1398, n° 4 ; — Demante, t. II, n° 285 *bis* V ; — Demolombe, t. III, n° 22 et t. VIII, nos 737 et suiv ; — Aubry et Rau, t. V, § 502, note 12, p. 236 et note 13, p. 239 ; — Colmet de Santerre, t. VI, nos 15 *bis* IX et suiv. ; — Laurent, t. XXI, n° 40 ; — De Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, t. I, nos 109 et suiv. — *Contrà :* — Cass. 23 novembre 1856 et 21 juin 1892, *ubi supra ;* — Duranton, t. XIV, n° 15 ; — Rodière et Pont, t. I, n° 48.

quel est le caractère de la nullité qui sanctionne l'inobservation des règles prescrites.

Dans notre second chapitre, nous indiquerons : 1° la situation des époux dont le contrat de mariage aurait été déclaré nul; — 2° celle des époux qui se seraient mariés en état d'incapacité sans contrat de mariage.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Sanction des règles protectrices des incapables en matière de contrat de mariage.

SECTION I

Caractère de la nullité du Contrat de mariage vicié par suite de l'incapacité des parties contractantes.

§ 1. — Notions générales sur les nullités

91. — Les nullités qui affectent les contrats peuvent se diviser en nullités absolues ou radicales et en nullités relatives. On qualifie généralement d'inexistants les contrats nuls d'une nullité absolue et de contrats nuls ou annulables ceux qui sont affectés d'une nullité seulement relative. Les contrats inexistants qui manquent d'un élément essentiel à leur formation, par exemple de cause ou d'objet, (art. 1108 C. civ.), ne peuvent produire aucun effet. Les contrats simplement annulables peuvent avoir

certains effets et créer des obligations. Mais leur existence est précaire. Ils peuvent être l'objet d'une action en nullité et ne plus produire d'effets à l'avenir. La violence, l'erreur ou le dol sont des vices du consentement qui entraînent la nullité d'un contrat (art. 1117 et 1118 C. civ.). Cependant, malgré ces vices du consentement, le contrat a pu se former ; il n'est pas inexistant. La nullité qu'entraînent ces vices du consentement est une nullité relative. Nous verrons que celle qui résulte de l'incapacité des parties est de même nature.

Il existe des différences capitales entre l'acte nul d'une nullité absolue ou radicale et l'acte vicié d'une nullité relative.

92. — Examinons ces différences.

La justice doit intervenir pour annuler un acte atteint d'une nullité relative. Sans doute, s'il y a contestation sur la validité d'un acte dont la nullité est absolue, les tribunaux devront aussi se prononcer. Mais leur rôle se bornera à dire que l'acte n'existe pas, au lieu que l'acte simplement nul devra être infirmé par eux, car il existe tant qu'il n'a pas été déclaré nul. D'autre part, l'acte inexistant, comme nous l'avons déjà dit, ne peut produire aucun effet, tandis que l'acte simplement nul en produit provisoirement jusqu'à ce qu'il ait été annulé par la justice.

Une troisième différence très importante est que

toute personne a le droit de se prévaloir de la nullité absolue dont un acte est atteint. Elle peut attaquer cet acte par voie d'action ou l'écarter par voie d'exception toutes les fois qu'elle y a intérêt. Au contraire, les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par certaines personnes déterminées par la loi.

Enfin, les actes simplement nuls peuvent être ratifiés ou confirmés. Si, par exemple, un acte est nul parce que le consentement d'une des parties a été surpris par dol ou que cette partie a été amenée à consentir par la violence, l'acte peut être l'objet d'une confirmation expresse lorsque la partie trompée ou violentée a découvert le dol dont elle avait été victime ou qu'elle n'est plus soumise à la violence à laquelle elle avait cédé (1338 al. 2). Ajoutons que l'acte simplement annulable ne peut plus être attaqué d'après l'art. 1304 lorsqu'il s'est écoulé dix ans depuis que la cause de nullité a disparu. Lorsque, par exemple, dix ans se sont écoulés depuis qu'un mineur a atteint sa majorité, il ne peut plus attaquer un acte qu'il aurait passé en état de minorité. L'action est prescrite (art. 1304-3°). Au contraire, les actes viciés d'une nullité absolue ne peuvent jamais être confirmés ou ratifiés. On ne confirme pas le néant. Le temps ne peut d'ailleurs leur donner une valeur quelconque. Inexistants dès l'origine, ils ne produiront jamais aucun effet et toute

personne intéressée pourra s'adresser aux tribunaux pour en faire constater l'inexistence.

Ceci posé, recherchons quel est le caractère de la nullité qui frappe un contrat de mariage alors que les parties contractantes étaient incapables. Il s'agit d'un contrat passé par exemple par un mineur qui n'était pas assisté des personnes dont la loi exige le consentement pour la validité du mariage de ce mineur. Les prescriptions de l'art. 1398 n'ont pas été respectées.

§ 2. — L'art. 1125 du Code civil doit-il être appliqué au contrat de mariage?

93. — En général, le fait qu'une des parties contractantes est mineure a pour conséquence de frapper le contrat d'une nullité simplement relative. L'art. 1108 cependant semble en faire une cause de nullité absolue en mettant le *défaut de capacité chez la partie qui s'oblige* sur la même ligne que le consentement, l'objet et la cause ; mais tout le monde est d'accord pour dire qu'il n'y a là qu'une nullité relative. L'art. 1125 du Code civil confirme d'ailleurs cette manière de voir. Cet article est ainsi conçu : « *Le mineur, l'interdit* et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. — *Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur.*

de l'interdit ou de la femme mariée, *avec qui elles auront contracté.* »

Cet article prouve doublement que les nullités de protection tirées de la personne qui a contracté en état d'incapacité ne sont pas absolues, mais simplement relatives. Dans son premier alinéa, nous voyons en effet que l'incapacité permet d'*attaquer* le contrat, ce qui indique bien que cet article fait allusion à une action en nullité, supposant par suite un contrat existant, mais imparfait. La seconde preuve de notre affirmation résulte de ce que l'incapable seul peut attaquer le contrat. Or, lorsqu'il s'agit d'un contrat inexistant, tout intéressé peut se prévaloir de son inexistence.

94. — Doit-on dire que la nullité qui résulte du défaut de capacité chez un des futurs époux ou chez les deux est une nullité absolue que tous les intéressés peuvent invoquer et qui ne peut se couvrir ni par une confirmation, ni par la prescription? Doit-on dire, au contraire, que cette nullité est simplement relative conformément à l'art. 1125, qu'elle ne peut être proposée que par l'incapable ; qu'elle est susceptible d'être couverte par une confirmation expresse ou tacite et que l'action en nullité peut se prescrire par dix ans, conformément à l'art. 1304 du Code civil? En un mot, les principes de l'art. 1125 du Code civil doivent-ils être appliqués au contrat de mariage?

Telle est la question difficile qui se pose.

Elle est diversement résolue. Nous examinerons d'abord quel est le caractère de la nullité qui nous occupe et, par voie de conséquence, nous verrons quelles personnes peuvent l'invoquer; nous verrons ensuite si le contrat de mariage nul est susceptible de confirmation ou de ratification et si la prescription de l'art. 1304 peut effacer la nullité dont il est atteint.

Trois systèmes distincts sont en présence.

95. — A. — La jurisprudence admet d'une façon générale que la nullité dont il s'agit est une nullité absolue. Elle est ainsi qualifiée par la plupart des décisions judiciaires (1). Les tribunaux écartent donc ici l'application de l'art. 1125 du Code civil. Ils se fondent sur cette idée juste que le contrat de mariage a un caractère particulier. Il est absolument différent des autres contrats auxquels peut s'appliquer notre article. Lorsque, d'ordinaire, les incapables contractent, les conventions qu'ils font sont indifférentes aux tiers. Elles ne peuvent leur nuire, de même qu'elles ne leur profitent pas, du moins d'une façon générale (1165 Code civil).

En matière de contrat de mariage, au contraire, il n'en est plus ainsi. Les conventions matrimoniales

(1) Cass. 5 mars 1855. S. 55, I, 348; Tribunal Limoges, 7 déc. 1868, sous arrêt Limoges, 17 avril 1869 S. 70, II 208; Cass. 19 juin 1872, S. 72, I, 281. — Nîmes 9 mars 1875, S. 76, II, 181; Tribunal Rennes, 4 mai 1878; D. 79, II, 1, et S. 80, I, 166.

intéressent les tiers au plus haut degré. Le sort des contrats passés par les époux avec les tiers dépend en grande partie du contrat de mariage adopté par ces époux et pour que les tiers puissent traiter en toute sécurité, ils doivent connaître les conventions matrimoniales. Le législateur l'a bien compris lorsque, par l'art. 60 du Code de commerce, il a ordonné la publication du contrat de mariage des commerçants et lorsqu'il a institué, par la loi du 10 juillet 1850, une mesure analogue pour les non-commerçants. L'unité et l'immutabilité sont de l'essence du contrat de mariage. Les conventions matrimoniales ne peuvent être soumises ni à la condition, ni au terme. Ce sont donc des conventions d'une nature tout à fait spéciale et l'on comprend qu'elles obéissent à d'autres règles que celles qui régissent les contrats ordinaires.

« Les parties au contrat de mariage, dit M. Bertauld, ne stipulent pas seulement pour elles-mêmes, leurs héritiers ou ayants cause, elles ont, en vertu d'une délégation sociale, une sorte de mission législative ; elles se créent des droits, des immunités opposables à tous, et puisqu'elles font une loi, elles ne peuvent pas faire une loi boiteuse... (1) » Cet auteur ajoute : « Toute notre argumentation se déduit du caractère législatif du contrat de mariage ; le con-

(1) Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, t. I, n° 801.

trat est obligatoire ou il ne l'est pas ; s'il est obligatoire, il l'est pour tout le monde ; s'il n'est pas obligatoire il ne l'est pour personne (1). »

L'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1855 pose en thèse générale que la nullité qui peut affecter un contrat de mariage est absolue. C'est une nullité d'ordre public. Son caractère de nullité absolue est une conséquence forcée du principe que les conventions matrimoniales sont immuables. La jurisprudence accepte unanimement la thèse de la Cour de cassation. C'est ainsi que le Tribunal de Limoges, le 7 décembre 1872, consacrait le principe dans les termes suivants :

« Attendu qu'il est de l'essence du contrat de mariage d'être immuable... ; que le but de la loi serait incontestablement méconnu et le texte violé si la nullité était relative, c'est-à-dire s'il dépendait du mineur de l'invoquer à son gré et de faire tomber le contrat ou de le respecter suivant son intérêt ;... que la Cour de cassation a posé à cet égard des principes dont il est impossible de méconnaître la portée et la sagesse... que la nullité dont le contrat est entachée est radicale... (2) »

« Attendu, disait encore la Cour de cassation le 19 juin 1872, qu'en vertu de l'immutabilité des con-

(1) *Loc. cit., in fine.*

(2) Tribunal Limoges, 7 décembre 1868, sous arrêt Limoges, 17 avril 1869, S. 70, II, 208.

ventions matrimoniales la nullité résultant de la contravention à l'art. 1398 est absolue (1) »... C'est encore en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales que la Cour de Nîmes déclarait nul d'une nullité absolue un contrat de mariage pour la confection duquel un mineur n'avait pas été régulièrement assisté (2). Le Tribunal de Rennes, dans un jugement du 4 mai 1878, qualifie aussi de radicales et absolues les nullités qui se rencontrent dans les contrats de mariage. Le tribunal en donne pour raison que ces contrats n'intéressent pas seulement les contractants, mais encore les tiers et l'ordre public (3).

En somme, la jurisprudence déclare que la nullité qui affecte le contrat de mariage par suite de l'incapacité des parties est radicale et absolue. Son opinion a pour base l'immutabilité des conventions matrimoniales. Le contrat de mariage intéresse l'ordre public. Il a un caractère législatif, dit encore M. Bertauld; il doit être obligatoire pour tout le monde ou ne l'être pour personne; il ne peut dépendre de la volonté de l'époux qui était incapable au moment de sa rédaction qu'il existe ou qu'il

(1) Cass., 19 juin 1872. S. 72, I, 281.

(2) Nîmes, 9 mars 1875. S. 76, II, 181. — Cass. 16 juin 1879. S., 80, I, 166 et 167.

(3) Tribunal Rennes, 4 mai 1878, D. 79, II, 1, et S., 80, I, 166. — *Adde :* Agen, 28 mai 1894. S., 96, II, 293.

n'existe pas; l'art. 1125 du C. civ. doit donc être écarté.

96. — B. -- Cependant la grande majorité des auteurs applique au contrat de mariage l'art. 1125-2°. Le contrat fait en violation des prescriptions de la loi serait frappé d'après eux d'une nullité simplement relative. L'incapacité en présence de laquelle on se trouve est essentiellement protectrice. En conséquence, elle doit être sanctionnée par une nullité relative. Cette règle est générale et la loi n'y fait exception nulle part. La jurisprudence fonde sa théorie sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et sur ce que ces conventions intéressent tout à la fois les époux, les deux familles, les enfants à naître et les tiers eux-mêmes. Si, dit-on, il dépendait de l'époux du chef duquel la nullité existe de poursuivre ou non l'annulation de son contrat de mariage, la condition des tiers demeurerait perpétuellement incertaine, ce qui porterait atteinte au principe que le pacte matrimonial doit être immuable. N'y a-t-il pas là une exagération?

Sans doute cette immutabilité s'oppose à ce que les époux, par le seul fait de leur seule volonté, modifient leurs conventions matrimoniales. Mais cette règle n'est pas incompatible avec l'exercice unilatéral d'une nullité simplement relative. Elle se concilie avec elle comme s'il s'agissait d'une nullité absolue.

Si la condition des tiers demeure incertaine, ils n'ont qu'à se l'imputer à eux-mêmes. Ils ont été imprudents de contracter sans connaître le régime matrimonial des époux. D'ailleurs si cette nullité est absolue, elle peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt, même par un donateur. C'est rétorquer contre l'incapable la protection que lui accorde la loi; or, *beneficia non sunt retorquenda*. La nullité dont il s'agit est donc relative à l'incapable, qui seul peut l'invoquer, sans que l'autre partie ou les tiers puissent s'en prévaloir (1). Pour Troplong, il s'agit aussi dans notre matière d'une nullité relative tirée de la personne de l'époux incapable dont lui seul peut argumenter et qui n'appartient ni à son cocontractant ni aux tiers (2).

En somme pour une grande partie de la doctrine, la nullité dont il s'agit est relative.

Il a été répondu aux partisans de cette théorie que la nature du contrat de mariage est toute particulière. Les autres contrats conformément à l'art. 1165 n'ont effet qu'entre les parties contractantes. Ils ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Le contrat de mariage, au contraire, est opposable à tous. C'est une loi; or, toute loi est obligatoire ou n'a pas de

(1) Larombière, *Théorie des obligations*, t. I, p. 179, et t. IV sur art. 1309, n° 6.

(2) Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 228, p. 340. *Adde :* Duranton, *Traité du contrat de mariage*, XIV, n° 10. — Rodière et Pont, I, n° 46. — Marcadé, *Traité du contrat de mariage*, sur art. 1398-2°.

valeur. La loi matrimoniale doit être une; elle ne peut rétroagir. Elle ne peut être conditionnelle parce qu'elle détermine la capacité des époux qui ne peut rester en suspens. D'ailleurs, les conséquences de ce fait que la nullité serait relative vont à l'encontre des principes les plus certains qui régissent le contrat de mariage. Le contrat nul serait donc susceptible de ratification? Cela est impossible (1).

97. — C. — Pour MM. Aubry et Rau il y a là une nullité d'un genre particulier. Le système de ces auteurs consiste à soutenir qu'à l'égard des tiers la nullité du contrat de mariage opérerait comme une nullité absolue, et qu'au contraire, dans les rapport des époux entre eux la nullité ne serait que relative.

Ces auteurs, examinant un arrêt de la Cour de cassation qui pose en thèse générale que la nullité peut être invoquée par toute personne ayant intérêt à s'en prévaloir (2), qualifient cette doctrine de trop absolue si l'on veut l'appliquer aux rapports des époux entre eux et à la liquidation de leurs droits respectifs.

S'il est vrai que la condition de tiers ne doive pas être livrée au bon plaisir de l'un des époux qui invoquera son contrat de mariage ou le répudiera sui-

(1) De Folleville, *Contrat pécuniaire de mariage*, t. I, n° 112 *ter*; Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 317; Lebret, *Revue critique*, 1880, t. X, pp. 577 à 578; Laurent, *op. cit.*, XXI, n° 35.

(2) Cass. civ., 5 mars 1855 *ubi supra*.

vant son intérêt ; si l'on peut dire qu'en contractant des engagements valables par ailleurs l'époux, qui était incapable lors de la passation de son contrat de mariage, renonce implicitement, au profit des tiers envers lesquels il s'oblige, à se prévaloir de ce contrat en tant qu'il s'opposerait à la réalisation de leurs droits, il n'en est pas moins vrai que l'art. 1125- 2° doive s'appliquer entre les époux eux-mêmes. Il n'y a pas de raison pour écarter cet article. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui a pour but de protéger les tiers, ne s'oppose pas à l'application de l'article 1125- 2° (1).

98. — En résumé nous nous trouvons en présence de trois systèmes. Le premier, celui de la jurisprudence, qualifie de radicale et absolue la nullité qui frappe le contrat de mariage des incapables. Le second admet que l'art. 1125 du C. civ. doit recevoir son application. Le troisième enfin restreint l'application de cet article aux rapports des époux entre eux, mais il permet aux tiers d'invoquer la nullité du contrat de mariage.

Remarquons que la jurisprudence a édifié son système en ayant égard surtout aux intérêts des tiers. C'est à cause de ces intérêts qu'elle a été amenée à qualifier d'absolue la nullité qui nous occupe. Ces intérêts d'ailleurs sont des plus respectables, et

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 502, texte et note 30, p. 245.

nous approuvons pleinement la jurisprudence en ce qu'elle leur donne satisfaction.

En ce qui concerne les rapports des époux entre eux, le système mixte enseigné par MM. Aubry et Rau est plus juridique. Il nous paraît plus conforme aux principes généraux du droit, de permettre au seul époux incapable lors de la rédaction du contrat de mariage, d'invoquer la nullité qui découle de son incapacité. C'est une nullité de protection tirée de la personne même de l'incapable; à ce titre, elle devrait pouvoir être invoquée seulement par cet incapable. On ne peut concevoir qu'une partie capable vienne se prévaloir de l'incapacité de la partie incapable avec laquelle elle a contracté. Ce serait retorquer contre l'incapable la protection qui a été organisée en sa faveur. Un pareil résultat est contraire aux principes généraux du droit. Il va à l'encontre des intérêts de l'incapable et certainement le législateur ne l'a pas voulu. En notre matière, les textes manquent; le législateur ne s'est pas prononcé. Mais n'est-il pas dès lors juste de dire que le droit commun doit s'appliquer? L'opinion de la jurisprudence nous paraît trop absolue ; les tribunaux poussent leur théorie jusque dans ses dernières conséquences. Assurément, si on admet cette théorie tout entière, bien des questions difficiles se trouvent tranchées. Nous la trouvons néanmoins trop radicale.

99. — La difficulté vient peut-être de ce qu'on a

voulu classer quand même la nullité dont est atteint le contrat de mariage dans le cas qui nous occupe. Il n'y a que deux espèces de nullités : les nullités relatives et les nullités absolues. Il fallait faire entrer la nullité du contrat de mariage dans l'une ou l'autre des deux catégories. Étant donné l'intérêt pratique qui se présente à satisfaire les droits des tiers, les tribunaux s'inspirant de la nécessité ont à bon droit déclaré que cette nullité pouvait être invoquée par les personnes y ayant intérêt. Or c'est là un des caractères de la nullité absolue; cette nullité aurait donc tous les autres caractères de la nullité absolue, et tous les intéressés pourraient s'en prévaloir y compris l'époux capable. Voilà comment la jurisprudence a été amenée à classer sans restriction parmi les nullités absolues la nullité du contrat de mariage résultant de l'incapacité d'un des époux. S'attachant à l'effet de la nullité du contrat de mariage à l'égard des tiers, la jurisprudence qualifie cette nullité de radicale et d'absolue, et, considérant ensuite les rapports des époux entre eux, elle leur applique rigoureusement son système. L'opinion diamétralement opposée, au contraire, celle de la doctrine ou tout au moins d'une grande partie de la doctrine, n'est point dominée par la nécessité pratique. Faisant abstraction du droit des tiers, elle s'attache exclusivement à l'application du principe général de l'art. 1125. D'après elle, ce principe ne

saurait comporter aucune exception. Le législateur seul aurait pu en restreindre l'application. Il ne l'a pas fait. Il faut donc ici encore appliquer l'art. 1125. Et, conséquente autant que la jurisprudence, cette théorie dénie aux tiers aussi bien qu'à l'époux capable le droit d'invoquer la nullité du contrat de mariage. Ces deux théories, partant de deux points de vue absolument opposés, contiennent chacune une part de vérité ; mais il nous semble que le système mixte exposé par MM. Aubry et Rau est le plus conforme aux principes généraux, tout en donnant la plus complète satisfaction aux droits des tiers.

N'est-il pas vrai de dire, en effet, que le contrat de mariage obéit à des règles particulières et que par certains côtés il ne ressemble pas aux autres contrats? Cette observation se rapporte à ce caractère du contrat de mariage d'être immuable et de ne pouvoir être fait sous condition. L'immutabilité des conventions matrimoniales est toute dans l'intérêt des tiers. Il faut qu'ils se trouvent en présence d'une règle unique et qui ne peut être changée, sans cela il n'y aurait plus aucune sécurité pour eux dans leurs rapports avec les époux. Voilà pourquoi la nullité dont nous nous occupons peut être invoquée par les tiers. Mais, d'autre part, l'intérêt de l'époux capable n'est pas suffisant pour qu'il puisse contrairement à l'article 1125 demander la nullité du contrat de mariage. Sans doute il est exposé à voir invoquer cette nullité par son con-

joint, mais sa situation n'est pas pire que celle de toute autre partie capable qui traite avec une partie incapable. C'était à lui à prendre des précautions. Il y a de sa part une négligence dont il devait supporter les conséquences.

Quoi qu'il en soit, recherchons les conséquences pratiques du système qui prévaut aujourd'hui devant les tribunaux. Ce sera l'objet de notre deuxième section.

SECTION II

Conséquences de l'inapplication de l'art. 1125 au contrat de mariage

§ 1er. — Tous les intéressés peuvent invoquer la nullité

100. — Si l'on admet sans restriction l'opinion de la jurisprudence, tous les intéressés peuvent invoquer la nullité du contrat de mariage pour défaut de capacité chez l'une des parties. Il y a là, nous l'avons indiqué déjà, une dérogation au droit commun.

Examinons les rapports des époux entre eux et des époux avec les tiers.

1° *Epoux.* — Il est bien certain que l'époux, incapable au moment de la rédaction du contrat de mariage, pourra se prévaloir de son incapacité pour

faire annuler le contrat de mariage. Si l'on admet complètement l'opinion de la jurisprudence, c'est-à-dire que la nullité est absolue, l'époux interdit ou celui qui était pourvu d'un conseil judiciaire peut faire prononcer la nullité du contrat sans être obligé de prouver qu'il a été lésé. De même l'époux capable peut faire prononcer cette nullité.

Si, au contraire, on admet que, dans les rapports des époux entre eux, la nullité est seulement relative il n'en sera pas ainsi. Tout d'abord, il n'est alors pas vrai que l'époux qui a fait son contrat de mariage en état de minorité et sans assistance suffisante en puisse faire prononcer la nullité s'il ne démontre pas qu'il a été lésé. L'interdit et la personne pourvue d'un conseil judiciaire n'auront pas cette preuve à faire. Au contraire, le mineur, on le sait, n'est pas restitué en tant que mineur, mais parce qu'il subit une lésion. « Le mineur, dit en effet l'art. 1309, n'est point restituable contre les conventions portées à son contrat de mariage lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. » Il faut dire à contrario qu'il est restituable quand ces conditions n'ont pas été remplies. En tout cas en ce qui concerne le choix du régime matrimonial auquel se seraient soumis les époux, la preuve ne sera pas difficile à faire. Nous avons, en effet, dégagé plus haut le principe que toutes les fois

que le mineur n'aura pas aggravé pour lui et sur ses biens les sacrifices résultant de l'adoption de la communauté légale, il aura pu se marier sans assistance (1). C'est qu'alors il n'aura pas été lésé. En ce qui concerne les donations qu'il aurait faites à son conjoint la nécessité de la preuve d'une lésion existera aussi à la charge du mineur.

101. — Quant à l'époux capable, dans l'opinion contraire à celle de la jurisprudence, il ne peut en aucun cas se prévaloir de l'incapacité de son conjoint et faire prononcer de ce chef la nullité du contrat de mariage. C'est l'application pure et simple de l'art. 1125-2°. Il ne paraît pas y avoir de raison suffisante pour écarter cet article dans les rapports des époux entre eux. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas engagé dans la question. Il ne faut pas oublier en effet que ce principe a pour objet de sauvegarder les droits des tiers. Les époux, au contraire, se trouvent dans la situation de deux contractants ordinaires. Il est donc naturel de leur appliquer le droit commun. Il est vrai que, s'il en est ainsi, l'époux qui était capable lors de la rédaction du contrat se trouvera pendant toute la durée du mariage dans l'incertitude sur sa position vis-à-vis de son conjoint ; mais, nous l'avons déjà dit,

(1) Cf. *Supra*. *Adde* note de M. Bufnoir, *l° c°*, *supra* note. La jurisprudence paraît nettement fixée à cet égard. Cpr. Colmet de Santerre, 6-15 *bis* XIV *in fine* et XV. Guillouard, *op. cit.*, n° 321.

les inconvénients de cette situation s'attachent à tout contrat passé avec un incapable. Le législateur, cependant, refuse à la partie capable d'en demander la nullité ; en conséquence, l'époux qui jouissait de la capacité nécessaire pour faire son contrat de mariage ne peut opposer à son conjoint son défaut de capacité. Dès lors les clauses et stipulations du contrat de mariage devront, si l'époux qui peut se prévaloir de la nullité ou ses héritiers le demandent, servir de base à la liquidation des droits respectifs des conjoints. Le principal intérêt pratique apparaît lorsque l'époux capable a fait des donations à son conjoint incapable, ou lorsque, par un contrat de mariage, il lui a constitué des avantages. Il est difficile d'admettre que l'époux capable puisse invoquer l'incapacité de son conjoint pour se dégager des obligations qui résultent pour lui de son contrat de mariage. Ce serait, dit-on encore, rétorquer contre l'incapable une règle de protection. Ce résultat n'a pu être voulu par le législateur (1).

Ce sont là de très sérieuses raisons pour refuser à l'époux qui était capable au moment de la rédaction du contrat le droit d'en demander la nullité. Cependant ces raisons n'ont pas arrêté la jurisprudence qui applique rigoureusement son système

(1) Aubry et Rau, t. X, § 502, p. 255, texte et note 30. Cpr. Duranton, Marcadé, Larombière, Odier, Rodière et Pont, Troplong, *op. cit.* et *loco citato.*

même dans les rapports des époux entre eux. Un arrêt de la Cour de cassation, du 19 juin 1872, est très intéressant à cet égard. Nous y voyons qu'un sieur Larrive avait en 1860 fait assigner sa femme pour voir déclarer la nullité du contrat de mariage qui était intervenu entre eux en 1843. Le contrat était argué de nullité par le mari, parce que lors de la rédaction la femme mineure n'avait pas été assistée par ses parents. Le tribunal de Villefranche, le 3 avril 1863, accueillit la demande, et le contrat fut déclaré nul à la requête, nous le voyons, du mari capable (1).

2° *Tiers.* — Quoi qu'il en soit, il est certain que les tiers ont la faculté d'invoquer la nullité du contrat de mariage fait par un incapable sans l'assistance requise par la loi. Cette faculté découle naturellement, dans l'opinion de la jurisprudence, de ce que la nullité est absolue et qu'elle peut en conséquence être proposée par toute personne intéressée. Nous croyons qu'il est plus juridique de dire que le droit reconnu aux tiers d'invoquer la nullité du contrat de mariage s'explique parce que le contrat de mariage est immuable. C'est du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales qu'il découle et non du caractère de la nullité spéciale dont est frappé ce contrat. L'intérêt pratique est

(1) Cass., 19 juin 1872. S. 72. I. 281.

considérable. En effet, si la nullité ne pouvait être invoquée que par l'époux incapable aux termes de l'art. 1125, les tiers n'auraient aucune espèce de sécurité. Ce résultat serait la plupart du temps souverainement injuste. Il arriverait alors que la condition des tiers demeurerait livrée au bon plaisir de l'un des époux. Il y aurait là quelque chose de contraire au caractère législatif du contrat de mariage (1). L'époux incapable au moment de la rédaction de son contrat pourrait invoquer ce contrat dans des circonstances où il aurait intérêt à le faire ; il pourrait le répudier dans d'autres circonstances. Cela a paru inadmissible. La loi qu'est le contrat de mariage ne peut pas demeurer ainsi variable et flottante.

C'est ce qu'exprime fort bien l'arrêt de la Cour de cassation rendu par la Chambre civile le 5 mars 1855.

« Attendu, dit la Cour, que, s'il dépendait de l'époux qui, après le mariage, a contracté avec des tiers de faire tomber ou de laisser subsister les conventions matrimoniales, selon qu'il lui plairait d'en demander ou de n'en pas demander la nullité, la condition des tiers demeurerait perpétuellement incertaine, et qu'à leur égard le pacte matrimonial perdrait le caractère d'immutabilité que la loi a voulu y attacher ;

« Attendu qu'il n'y a pas lieu de faire à cette matière l'application de la règle en vertu de laquelle le

(1) Cf. Bertauld, *loco citato*.

mineur peut seul attaquer les actes par lui consentis hors des limites de sa capacité et que les tiers doivent être reçus à exciper de la nullité du contrat de mariage à laquelle ils ont intérêt (1). »

Ainsi la nullité du contrat de mariage peut être invoquée par les tiers ; d'où la jurisprudence la qualifie d'absolue. Elle peut être spécialement invoquée par un créancier des époux auquel ces derniers opposeraient le contrat de mariage, pour faire tomber les poursuites exercées sur les biens de la femme. L'art. 1125-2° est étranger aux rapports des époux « avec leurs créanciers communs ou respectifs (2)».

La nullité peut encore être invoquée par un donateur ou ses héritiers. C'est ainsi que, par arrêt de Cassation du 19 juin 1872, nous voyons la situation suivante : Un mari, capable au moment de la rédaction du contrat de mariage, en fait prononcer la nullité par suite de ce que sa femme, étant mineure au moment du contrat, n'avait pas été assistée. Un tiers avait fait une donation aux époux par ce contrat de mariage. Les héritiers du donateur, ayant réclamé les biens donnés, se les virent restituer à la suite et comme conséquence du succès de l'action du mari (2).

(1) Cass. civ. S. 55. I. 348.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 502, note 30. — Tribunal civil Limoges, 7 décembre 1868 ; Nîmes, 9 mars 1875 ; Rennes, 4 mai 1878, *ubi supra.*

(3) Cass., *ubi supra.*

Les tiers pouvant ainsi sans nul doute invoquer la nullité du contrat de mariage, il en résultera un préjudice pour les époux. Aussi la jurisprudence a-t-elle eu à se prononcer sur le point de savoir si le notaire rédacteur d'un contrat de mariage qui serait par la suite annulé pour défaut ou insuffisance d'assistance de l'époux incapable avait engagé sa responsabilité vis-à-vis des époux (1).

103. — En somme, lorsqu'un contrat de mariage sera nul pour incapacité de l'un des époux, tous les intéressés, même l'époux qui était capable au moment de la rédaction du contrat, pourront en invoquer la nullité. Les décisions de jurisprudence sont unanimes sur ce point. Cette dérogation à l'art. 1125-2° du Code civil est loin d'être universellement admise par la doctrine. L'opinion générale des auteurs est que la nullité du contrat de mariage est relative. Nous avons d'autre part insisté sur une théorie mixte qui essaie de concilier les deux opinions et qui, tout en déniant à l'époux capable le droit de faire prononcer la nullité du contrat, reconnaît ce droit aux tiers que doit, dans toute hypothèse, protéger le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Voyons maintenant, au point de vue de la ratification, les conséquences des opinions que nous avons

(1) *Supra*, 1re partie, ch. 1er, section II, § IV.

exposées sur le caractère de la nullité qui affecte le contrat de mariage.

§ 2. — Le contrat peut-il être ratifié ?

104. — Tout dépend encore ici de la question de savoir si la nullité qui affecte le contrat de mariage est absolue ou relative. La jurisprudence et la doctrine arrivent forcément à des conclusions différentes. Pour la première, le contrat de mariage nul pour défaut de capacité des époux n'est pas susceptible de ratification ; pour la majorité des auteurs, au contraire, il peut être ratifié ou confirmé.

Nous étudierons dans ce paragraphe les questions suivantes : 1° le contrat vicié par suite du défaut de capacité des époux peut-il être ratifié avant le mariage ? 2° le vice du contrat de mariage peut-il être effacé pendant le mariage ? 3° peut-il l'être par la ratification après la dissolution du mariage ?

A. — *La ratification peut-elle intervenir utilement avant la célébration du mariage ?*

105. — Répondons non. Faisons tout d'abord observer que le mariage ne vaudra pas ratification par lui-même. Un mineur, par exemple, n'est pas habile à se marier parce qu'il n'a pas atteint l'âge requis par la loi et qu'il n'a pas obtenu de dispense. Assisté des personnes qui doivent consentir à son

mariage, il fait son contrat. Ce contrat est nul par la raison que le mineur ne remplissait pas, au moment de sa rédaction, les conditions exigées par l'art. 1398 du Code civil. Mais la dispense intervient depuis la rédaction du contrat et avant la célébration du mariage, ou bien encore le mineur devient nubile dans cet intervalle; il se marie. Son contrat ne sera pas valide. Sans doute, le mariage a une grande influence sur le contrat. Ce dernier, en effet, n'a de valeur qu'à la condition que le mariage soit célébré. Jusque-là le contrat est lettre morte. Mais le mariage n'a pas une influence telle qu'il puisse purger le vice d'un contrat nul *ab initio*. Le mariage ne peut rendre effectif qu'un contrat de mariage valable, non un contrat nul. L'art. 1398 est d'ailleurs formel; pour que le contrat de mariage du mineur soit valable, il faut nécessairement que ce mineur soit habile à contracter mariage (1).

Duranton décide aussi que le contrat envisagé demeurera nul malgré la célébration d'un contrat de mariage valable. Massé et Vergé sont de cet avis. Pour eux, alors même que le mariage a été célébré en âge compétent, le contrat de mariage demeure

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n° 14; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502 texte et note 21, p. 242; Guillouard, *op. cit.*, I, n° 302; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 141. — Voir cependant Rodière et Pont, *op. cit.*, t. I, nos 88 et 162, qui décident, contrairement à Duranton et à la majorité des auteurs, que la célébration du mariage en âge compétent doit être considérée comme une ratification tacite du pacte matrimonial.

nul. « Le texte lui-même de l'art. 1398, disent-ils, repousse la fin de non-recevoir, qu'on prétendait tirer de la célébration du mariage, puisqu'il fait dépendre la validité de ces conventions, non de la célébration ultérieure du mariage, mais de la capacité actuelle du mineur à consentir les conventions dont le mariage est susceptible (1). »

105 *bis*. — A supposer un contrat nul parce qu'il ne remplit pas les conditions d'assistance que nous avons étudiées, serait-il possible qu'une ratification vînt le valider ? Ainsi le mineur habile à contracter mariage fait son contrat sans assistance ou bien cette assistance est insuffisante ; il s'agit par exemple d'un mineur qui a besoin du consentement du conseil de famille. Ce conseil a donné un mandat général au tuteur ; les clauses du contrat n'ont pas été approuvées en détail. Le contrat serait nul. Mais les autorités qui doivent consentir au mariage, l'ascendant, le conseil de famille, approuvent avant sa célébration le contrat que le mineur a fait seul ou sans assistance suffisante. Cette approbation fera-t-elle que le contrat ne soit pas nul ? Nous disons qu'elle sera inopérante. Le vœu de la loi n'a pas été rempli. C'est au moment où s'est élaboré le contrat que l'assistance devait intervenir (2).

Ce n'est pas à dire que l'intervention de l'ascen-

(1) Massé et Vergé, *sur Zachariæ*, t. IV, § 635, note 2.
(2) Cass., 20 juillet 1859, *ubi supra*.

dant ou du conseil de famille ne puisse avoir aucun effet avant le mariage. Grâce à cette intervention un contrat valable pourra remplacer le contrat fait sans assistance et que rien ne peut valider. Mais il faut remarquer qu'il ne peut s'agir ici de ratification. Il y aura création d'un nouveau contrat et non validation du contrat originairement nul. Si le mineur se met dans les conditions requises par l'art. 1398, il sera possible, avec le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties à la première élaboration du contrat, de faire un acte valable (art. 1396 C. civ.). Mais ce ne sera pas une ratification. M. de Folleville, après avoir exposé cette question dans ce sens, conclut de la manière suivante : « Dans la période qui s'écoule entre la rédaction du contrat pécuniaire et la célébration du mariage, on peut substituer un contrat valable à l'ancien contrat nul ; mais le terme de ratification serait ici impropre et inexact. On a fait un nouveau contrat parce qu'on était dans les délais pour le faire. On a remplacé les clauses de l'ancien contrat nul, mais on n'a pas validé ce contrat. Il n'y a pas là, à proprement parler, de ratification ; le seul contrat est cette ratification elle-même (1). »

(1) De Folleville, *op. cit.*, n° 113. *Adde :* Cass. 5 mars 1855, D. 55, 1, 101, et 20 juillet 1859, D. 59, 1, 279. Cpr. Aubry et Rau, t. V, § 502, p. 235, texte et notes 7 et 8, pour le cas où le contrat de mariage aurait été dressé en l'absence des époux ou de l'un d'eux.

En résumé, le mariage ne peut être considéré comme une ratification tacite du contrat de mariage. Il ne saurait en outre être question de ratification expresse avant le mariage ; mais les époux ont la faculté de faire un contrat de mariage valable s'ils observent les prescriptions de la loi.

Voyons maintenant si un contrat de mariage nul peut être validé par une ratification expresse ou tacite, ou par suite de la prescription de l'action en nullité, après la célébration de mariage.

B. — Quid *pendant le mariage ?*

106. — Nous aurons à rechercher si dans cette période le contrat de mariage, nul *ab initio* pour défaut de capacité, peut être validé par une ratification expresse ou s'il peut l'être par suite de l'expiration du délai de dix ans à partir du jour où l'époux incapable est devenu capable. Nous aurons aussi à examiner la question de savoir si les fins de non-recevoir qui rendent le mariage inattaquable ont une influence sur le contrat de mariage nul, alors que le vice est commun au contrat de mariage et au mariage.

107. — 1° Le vice propre au contrat de mariage peut-il être effacé par une ratification expresse ?

Jungé : Grenoble, 7 juin 1851. S. 51, II, 613, et Civ. rej., 11 juillet 1853, S. 54, I, 49.

Les partisans de la nullité absolue du contrat de mariage ne sont pas embarrassés pour résoudre cette question. La conséquence nécessaire de cette nullité absolue est que le contrat de mariage ne saurait être ratifié. Nous croyons aussi que le contrat de mariage nul ne peut pas être ratifié dans les conditions que nous avons indiquées. Ce qui s'oppose surtout à ce qu'une ratification soit possible, c'est que, pour ratifier un acte, il faut se trouver dans des conditions telles qu'il serait possible de le passer. Ce principe général s'explique de lui-même et ne saurait être discuté. Or considérons un contrat de mariage nul pour défaut de capacité. Le contrat de mariage ne peut être fait qu'avant le mariage. Il ne peut être modifié ni pendant le mariage ni après sa dissolution. La ratification n'est donc pas possible après le mariage puisque les époux ne peuvent plus faire un contrat de mariage. D'ailleurs, la ratification, si elle était possible, modifierait le contrat de mariage puisqu'elle substituerait un acte valable à un acte nul. Comme le dit excellemment M. Bertauld : « Que serait une ratification ? Un vrai contrat de mariage fait après le mariage. Le premier contrat, œuvre de deux incapables, d'un seul incapable si l'on veut, n'était pas une loi : comment deviendrait-il une loi par le fait des deux époux ou par le fait de l'un d'eux ? Précisément il ne peut devoir la vie à des époux. Il ne peut naître, il ne peut vivre qu'en

recevant la vie des parties qui veulent devenir époux, mais qui ne le sont pas encore (1). » Ainsi, du moment où le contrat de mariage n'est pas parfait avant la célébration de l'union conjugale, il n'a rien à attendre de l'avenir, car une ratification serait contraire au principe général, qui exige que pour ratifier on soit dans les conditions même qui sont exigées pour la formation du contrat. D'autre part, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'y oppose.

108. Cette impossibilité d'une ratification constitue une grave atteinte aux règles ordinaires de la nullité relative. D'ordinaire, les actes nuls d'une simple nullité relative peuvent être ratifiés. Il n'en est rien pour le contrat de mariage. Remarquons toutefois que le principal objectif du système qui soutient que la nullité est relative est de dénier à l'époux capable le droit de faire prononcer la nullité du contrat de mariage pour cause d'incapacité de son conjoint. Les auteurs qui veulent qu'on applique à cette matière l'art. 1125-2° du C. civ. ont été choqués principalement à ce point de vue par le résultat auquel aboutit la théorie de la jurisprudence. Ce n'est pas à dire qu'alors même que l'art. 1125-2° serait applicable, il faudrait forcément appliquer aussi l'art. 1338. Il n'y a pas les mêmes raisons de

(1) Bertauld, *op. cit.*, n° 604, p. 476. — *Adde :* Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, n° 208, p. 169.

décider. Que d'une façon générale on puisse ratifier un contrat auquel s'applique l'art. 1125-2°, il ne s'ensuit pas que ces deux articles s'appliqueront forcément dans tous les cas tous les deux. Nous sommes dans une matière spéciale, régie par ce principe qui domine tout, que le contrat doit être fait avant le mariage. D'autre part pour ratifier un acte, il faut être dans des conditions telles qu'il serait possible de le passer. Quand le mariage est célébré les époux ne pourraient pas faire leur contrat de mariage, il ne peut donc pas être question alors de ratifier le contrat nul.

Il n'est donc pas contradictoire que des auteurs qui appliquent l'art. 1125-2° au contrat de mariage décident qu'une ratification de ce contrat est impossible. Troplong pose la question d'une façon nette. S'il s'agissait d'une nullité d'ordre public, dit-il, la difficulté serait facile à résoudre. Évidemment la ratification serait impossible. Mais il s'agit d'une nullité relative susceptible d'être couverte, du moins en thèse générale. Partant de là, pourquoi les époux devenus majeurs ne pourraient-ils pas déclarer qu'ils renoncent à cette nullité? « Cependant, ajoute le savant jurisconsulte, à cause des principes spéciaux qui gouvernent le contrat de mariage, je pense que la ratification d'un contrat de mariage nul, opérant un changement dans la situation où le mariage a trouvé les époux, cette ratification s'évanouit de-

vant le principe posé par l'art. 1395 du C. civ., car elle substituerait, pendant le mariage, un pacte nuptial valable au pacte nuptial nul, sans valeur, sans autorité qui existait au moment du mariage. Or, un tel changement n'est-il pas en opposition avec les idées de l'art. 1395 du C. civ. (1)? »

En somme, le vice propre au contrat de mariage et résultant du défaut de capacité ne peut être effacé par une ratification expresse pendant le mariage. Pour les partisans de la nullité absolue du contrat de mariage envisagé, il n'y a là qu'une conséquence naturelle de leur théorie. Les partisans de la nullité relative considèrent que la ratification serait sans effet en raison des principes particuliers qui régissent la matière du contrat de mariage.

109. — 2° Le vice du contrat de mariage peut-il être effacé par la prescription de l'art. 1304?

La prescription de l'art. 1304 s'opère par l'expiration du délai de dix ans à partir du jour où la cause qui entraînait la nullité d'un acte a disparu. Ce délai commencerait à courir en notre matière du jour où l'incapacité a cessé. La prescription ne saurait avoir plus d'effet que la ratification. Remarquons tout d'abord qu'elle ne constitue qu'une ratification tacite. Elle ne peut donc pas avoir plus d'ef-

(1) Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 228. — *Adde :* Rodière et Pont, t. I, n° 158; — Aubry et Rau, t. V, § 502; — Larombière, *Traité des Obligations*, t. IX. p. 143.

fet qu'une ratification expresse. Mais il y a autre chose de plus décisif. C'est que cette prescription aboutirait à ce résultat, déjà indiqué lorsque nous avons parlé de la ratification expresse, que le contrat, nul avant le mariage, deviendrait valable après la célébration de l'union conjugale. Ce résultat nous l'avons déjà dit, est contraire à l'art. 1395 du C. civ. (1). D'ailleurs aucune prescription ne peut courir entre époux (art. 2253 C. civ.). Les partisans de la nullité relative qui arrivent à la même conclusion que ceux de la nullité absolue invoquent surtout le dernier argument pour justifier leur conclusion (2).

Donc la prescription de l'art. 1304 n'a pas plus d'influence que la ratification expresse.

110. — 3° Le vice est commun au mariage et au contrat de mariage. *Quid* de la ratification tacite et de l'exécution volontaire ?

Si le vice est commun au contrat de mariage et au mariage, on peut se demander si les fins de non-recevoir qui rendraient ce dernier inattaquable protégeraient aussi le contrat de mariage.

Il s'agit par exemple de deux époux dont l'un n'était pas assisté pour son contrat de mariage et

(1) Bertauld; *op. cit.*, n° 607. *Adde:* de Folleville, *op. cit.*, n°117, IV.

(2) Troplong, *op. cit.*, t. I, n°s 286 et 287. Cpr. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, n° 208, *in fine*.

pour son mariage à la fois. Ou bien l'un des époux n'étant pas nubile s'est marié sans dispense. Le mariage est encore nul ; mais il ne l'est pas d'une nullité radicale ; il ne l'est pas sans remède.

C'est ainsi que l'art. 183 du Code civil dit que « *l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage* ».

Dans cette hypothèse, la loi admet deux fins de non-recevoir contre l'action en nullité. L'une résulte de la confirmation ou ratification des ascendants ou du conseil de famille, l'autre de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis.

D'autre part, dans l'art. 185 qui traite de la nullité résultant de l'impuberté des époux, le législateur s'exprime de la façon suivante : « *Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux*

ont atteint l'âge compétent; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois ».

111. — Voilà quelles sont les dispositions du Code civil relativement au mariage lui-même dans les hypothèses que nous examinons. Au point de vue spécial qui nous occupe, étant donné que la nullité de mariage est couverte, ne peut-on pas soutenir que celle du contrat pécuniaire de mariage l'est aussi ? En un mot, les fins de non-recevoir qui rendent le mariage inattaquable ont-elles un effet sur le contrat de mariage et peuvent-elles le valider ?

La doctrine à cet égard présente beaucoup de systèmes différents. La plupart des auteurs enseignent qu'il y a une relation étroite entre le contrat de mariage et le mariage et que la ratification du mariage entraîne avec elle la ratification des conventions matrimoniales.

Duranton admet la validation ou la ratification des conventions matrimoniales pour les causes de ratification tacite, qui, dans les cas prévus par les art. 183 et 185 du C. civ., couvrent les nullités de mariage que nous avons indiquées. Mais il n'admet cette ratification que dans des limites restreintes. Il en fait dépendre les effets, des avantages ou libéralités que l'époux mineur aurait faits à son conjoint.

« Si, dit-il, une femme s'est mariée avant d'avoir accompli sa quinzième année, sans avoir obtenu de

dispense d'âge et que conformément à l'art. 185 du C. civ. la nullité de mariage soit venue à se couvrir parce qu'il n'a point été attaqué avant l'expiration des six mois depuis que la femme a atteint l'âge compétent ou parce que celle-ci a conçu avant l'échéance des six mois, bien certainement la nullité des conventions matrimoniales et des avantages qui lui ont été faits par le mari ou par des tiers est pareillement couverte... Mais la femme n'est point liée pour cela quant aux avantages qu'elle aurait faits à son mari ni quant aux conventions matrimoniales qui lui seraient désavantageuses (1)... » Cet auteur en donne pour raison que cette femme, lorsqu'elle a fait son contrat de mariage, n'était point habile à contracter mariage ; or c'était unec ondition requise par la loi (art. 1398) pour la validité de ces mêmes conventions. En somme, d'après Duranton, la fin de non-recevoir qui rend le mariage inattaquable dans notre hypothèse protégerait aussi le contrat de mariage avec cette restriction que l'époux incapable ne pourrait pas se voir opposer ce contrat de mariage pour les clauses qui lui sont désavantageuses (2).

112. — Marcadé, examinant le cas où la célébra-

(1) Duranton, *op. cit.*, t. XIV, n° 9.

(2) Duranton, *l° c°*, n° 14. — *Adde :* Odier, *op. cit.*, 4. II, n° 605; Rodière et Pont, n°s 38 et 162. — Ces derniers auteurs n'admettent pas la ratification si le contrat de mariage est affecté d'une nullité commune au mariage lui-même et qui serait couverte pour ce dernier par les art. 183 et 185.

tion du mariage aurait lieu, comme la confection du contrat, avant que les époux ou l'un d'eux aient atteint l'âge compétent et où le mariage ne devrait sa validité qu'à l'une des deux causes indiquées par l'art. 185, observe qu'à ce point de vue Rodière et Pont s'accordent avec Duranton pour décider que le contrat reste annulable. D'après Marcadé, cette solution ne peut être admise absolument et sans distinction. Cette distinction consiste à n'admettre l'effet de la ratification du mariage sur les conventions matrimoniales qu'autant que cette ratification provient de la cohabitation des époux pendant les six mois qui ont suivi l'époque où ils ont acquis l'âge compétent pour contracter mariage. Cet effet ne pourrait résulter du fait que la femme a conçu avant l'échéance de six mois. La raison en est que la conception n'est pas un fait de nature à habiliter la femme à contracter et par suite à la rendre capable de ratifier un contrat antérieur (1).

La doctrine de Troplong est plus large. Il ne s'arrête à aucune des distinctions de Marcadé. Pour lui, la ratification du mariage par les voies indiquées dans les art. 183 et 185 doit entraîner la ratification des conventions matrimoniales. Troplong est ici conséquent avec lui-même. On sait en effet que son système est basé sur la théorie générale soute-

(1) Marcadé, *op. cit.*, t. V, sous art. 1398.

nue par lui, à savoir que la relation qui existe entre le mariage et le contrat de mariage est tellement étroite, qu'on peut dire qu'il y a indivisibilité entre eux. Nous avons eu à maintes reprises l'occasion de signaler cette opinion. Nous savons aussi que la jurisprudence l'a complètement rejetée. D'ailleurs Troplong, au point de vue particulier qui nous occupe, invoque l'autorité des anciens auteurs. Il cite l'opinion de Lebrun. « Si le mariage de l'impubère est confirmé par le temps, dit ce dernier, sa communauté et ses autres conventions *ordinaires* et de *droit commun* valident aussi, parce qu'il devient alors habile au mariage et par conséquent aux choses usitées dans les contrats de mariage (1). »

Cette opinion de Lebrun, dit Troplong, a été ignorée des interprètes du Code civil. Il en est résulté que ces interprètes ont appliqué au contrat de mariage des principes étrangers à la matière. C'est ainsi qu'ils enseignent qu'une femme, dont le mariage contracté alors qu'elle n'avait pas treize ans vient à être ratifié, pourra, en vertu de l'art. 1312 du Code civil, renverser les promesses d'avantages ou de donations qu'elle avait faites à son mari. Ces auteurs ne font pas attention que le contrat de mariage ne doit pas être traité comme un contrat ordinaire ; qu'il y a un mariage qui le complète et qui, se trouvant

(1) Lebrun, *Op. cit.*, livre I^er^, ch. IV, n° 36, p. 38.

ratifié, ne souffre pas de sujet de discussion entre les époux. La ratification vient couvrir l'union conjugale au grand profit de la société, de la famille et des époux eux-mêmes ; elle ne serait pas parfaite, si elle ne sauvait pas, par des fins de non-recevoir protectrices, les pactes qui se rattachent au mariage. « La ratification du mariage ratifie aussi le pacte nul. Il n'y a pas de raison pour scinder une volonté qui embrasse et le contrat et l'acte civil et religieux (1). »

Troplong résout dans le même sens la question de ratification du contrat de mariage, lorsqu'elle se présente à l'occasion du mariage contracté par un mineur non assisté des personnes dont la consentement lui était nécessaire pour se marier, et qui a été ratifié depuis par la cohabitation d'une année dans les conditions de l'art. 183 du C. civ. Invoquant sur ce point l'autorité de la jurisprudence, il cite un arrêt du Parlement de Paris du 17 juin 1638 (2).

En somme, d'après Troplong, « les fins de non-recevoir qui sauvent le mariage de la nullité sauvent, par identité de raison, le contrat de mariage ; car le législateur qui a voulu la fin a voulu nécessairement aussi les moyens ».

114. — Massé et Vergé se rangent aux avis de Marcadé et de Troplong. Distinguant entre le cas où la même nullité vicie tout à la fois le contrat de

(1) Trolong, *op. cit.*, t. I, nos 396 et suiv.
(2) Troplong, *l. c. supra.*

mariage et le mariage, et le cas où le contrat de mariage seul est nul, ils décident que, dans le premier cas, les fins de non-recevoir qui s'élèvent contre la demande en nullité de mariage s'élèvent également contre la demande en nullité du contrat de mariage. Nous avons recherché plus haut quelle solution comportait le second cas.

« Si un mineur, disent Massé et Vergé, après avoir fait un contrat de mariage avant l'âge, se marie également avant l'âge, et si ensuite ce mariage cesse de pouvoir être attaqué..., la même fin de non-recevoir qui protège le mariage protégera en même temps le contrat de mariage. » La raison en est « qu'on ne comprendrait pas que la loi, en consentant, dans l'intérêt d'une union accomplie, à passer l'éponge sur les nullités qui l'entachaient, n'ait pas couvert de la même amnistie le contrat dressé en vue du mariage, et qu'en cimentant l'union des époux elle ait laissé subsister entre eux une cause de trouble et de discorde ». « Il n'y a pas lieu, disent encore ces auteurs, de distinguer comme Marcadé entre la fin de non-recevoir qui résulte du laps de six mois, et celle qui résulte de la grossesse de la femme ; toutes deux ont la même efficacité (1). »

115. — En résumé, l'opinion des auteurs que nous venons de passer en revue est que, sauf une distinc-

(1) Massé et Vergé, sur *Zachariæ*, t. IV, § 635, note 2.

tion que fait Marcadé et une restriction très importante proposée par Duranton, les fins de non-recevoir qui s'élèvent contre la demande en nullité du mariage dans les hypothèses des art. 183 et 185 du C. civ. protègent également le contrat de mariage vicié pour les mêmes causes que l'union conjugale.

Cependant, il faut observer que ces auteurs, en particulier Massé et Vergé, décident que le mariage, valablement contracté par un mineur devenu habile depuis la rédaction de son contrat, ne vaudrait pas ratification du contrat qui aurait été fait au moment où, n'étant pas nubile, le mineur n'avait pas obtenu de dispense. Cette décision n'est-elle pas contradictoire avec l'opinion de ces mêmes auteurs relativement à l'influence qu'exercent, suivant eux, les fins de non-recevoir des art. 183 et 185? Il se trouve qu'un mariage nul peut dans cette opinion produire plus d'effet qu'un mariage valable. En effet le mariage nul venant à être ratifié, le contrat de mariage l'est aussi. Au contraire, un mariage valable est contracté par le mineur devenu nubile, et cependant le contrat de mariage vicié reste nul. On répond à cela que la ratification tacite provenant de l'expiration du délai de six mois, ou d'un an, ou du fait que la femme est devenue grosse, n'est pas une ratification ordinaire opérée dans les conditions de l'art. 1338.

D'autre part, on ne peut pas dire que le mariage valablement contracté soit une exécution volontaire

du contrat de mariage. Ce mariage n'étant pas une exécution volontaire ne confirme donc pas le contrat. Or la confirmation du contrat suivie d'un mariage valable ne pourrait résulter que de l'exécution volontaire. Le mariage étant valable, il n'y a pas de mariage à ratifier et par suite il ne peut y avoir ratification du contrat de mariage. Si l'on décidait que le mariage valable emporte ratification du contrat de mariage nul, l'art. 1398 de C. civ. ne trouverait plus de sujet d'application.

La célébration du mariage est-elle une exécution volontaire ? Assurément non. Il n'y a aucun lien nécessaire entre le mariage et les conventions qui l'ont précédé puisqu'on peut se marier sans contrat. D'ailleurs l'exécution que, depuis le mariage, les époux auraient donnée au contrat de mariage nul ne peut pas davantage produire une ratification. Il y aurait alors, en effet, de la part des époux, une modification de leurs droits. Cette modification serait nulle aux termes des art. 1394 et 1395 qui exigent que les conventions matrimoniales précèdent le mariage. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à cette solution.

Cependant, des auteurs comme Marcadé, Rodière et Pont ont soutenu que la célébration du mariage validait le contrat nul. Pour eux, la célébration du mariage constituerait l'exécution volontaire qui, aux termes de l'art. 1338, opère ratification de l'acte

nul. Nous venons de voir que cette raison est mauvaise et que la célébration du mariage ne peut être considérée comme l'exécution du contrat de mariage. Marcadé fait appel à d'autres considérations et si, dit-il, les clauses du contrat de mariage sont exécutées, on pourra dire qu'il y a là une exécution volontaire entraînant ratification du contrat de mariage. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à cette manière de voir (1).

116. — La solution de la jurisprudence est que la nullité du contrat de mariage alors qu'elle est commune à ce contrat et au mariage ne peut être couverte par suite de cette circonstance que le mariage lui-même ne pourrait plus être attaqué. Cette solution est la conséquence logique de la théorie admise par la jurisprudence sur le caractère des nullités qui affectent le contrat de mariage, lorsque les époux ou l'un deux n'ont pas la capacité requise. Cette nullité étant absolue et d'autre part le contrat de mariage étant indépendant du mariage, il est évident que les fins de non-recevoir qui protègent le mariage n'auront aucune influence sur le contrat.

La Cour de cassation l'a décidé ainsi par un arrêt du 13 juillet 1857 (2). Dans l'espèce, un époux mineur

(1) Massé et Vergé sur *Zachariæ*, t. IV, § 635, note 2; Marcadé, *op. cit.*, t. V, sous 1398.

(2) S. 1857, I, 801.

n'avait pas été assisté des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité de son mariage. Ce consentement lui avait fait défaut pour la célébration du mariage et pour la rédaction du contrat. Les époux ayant cohabité plus d'une année après la majorité de celui qui n'était pas majeur lors du contrat, la nullité du mariage était couverte; mais la Cour de cassation décide que la nullité du contrat ne l'était pas.

« Attendu, dit la Cour, que le contrat de mariage et le mariage ont chacun des règles propres et particulières, que les fins de non-recevoir établies dans les art. 183 et suiv. du C. civ. ne protègent point le pacte relatif aux intérêts civils des époux contre l'action en nullité à laquelle il serait sujet de son côté, lors même que cette action procéderait d'une irrégularité commune aux deux actes, comme lorsqu'ils ont été faits sans le concours des personnes dont l'assistance était nécessaire pour habiliter l'un des conjoints à raison de son état de minorité ; que si, dans ce cas, la nullité du mariage est couverte dès qu'il s'est écoulé une année depuis que l'époux marié en minorité est parvenu à l'âge compétent, sans réclamation de sa part, il n'en est pas de même des conventions matrimoniales ; que la femme, durant le mariage qui la soumet à la puissance maritale, n'a point la liberté d'opter entre le maintien ou l'annu-

lation de ces conventions, dans lequelles son mari est partie intéressée, et que la prescription de l'action en nullité du contrat de mariage, comme toute autre prescription, ne court point entre époux... »

Cet arrêt consacrait un système diamétralement opposé à celui de Troplong et d'une grande partie de la doctrine. La théorie des auteurs s'appuie en partie sur notre ancien droit et nous savons que Troplong faisait appel à Lebrun. Elle s'appuie aussi sur cette considération que le contrat de mariage et le mariage lui-même sont intimement liés et constituent en quelque sorte un seul et même engagement.

L'argument historique n'a pas une grande valeur. Lebrun dit expressément en effet que, si le mariage est validé, les conventions matrimoniales qui seules seront *ordinaires* ou de *droit commun* valideront aussi. Nos auteurs modernes veulent donner à son opinion une généralité qu'elle n'a pas. Il n'est pas probable, comme l'affirme Troplong, que les interprètes du Code civil auxquels cet auteur fait allusion aient ignoré Lebrun ; ils ne l'ont pas compris comme lui, voilà tout. Ils l'ont d'ailleurs mieux compris que lui.

117. — Ajoutons que s'il est certain qu'il y a un lien étroit entre le contrat de mariage et le mariage, ils n'en sont pas moins indépendants l'un de l'autre. Il n'y a aucune indivisibilité entre eux (1). Aussi la

(1) Bordeaux, 7 février 1855 et Pau 31 juillet 1855, S. 56, II, 65,

validité acquise *ex post facto* par le mariage n'implique point que le contrat de mariage soit lui-même validé. Il ne suffit pas de dire, pour confirmer notre conclusion, que les conventions matrimoniales sont souvent la cause ou la condition du mariage lui-même. Cet argument souvent invoqué dans notre matière prouverait trop ; car il aurait exactement la même valeur alors qu'il s'agit d'un vice propre au contrat de mariage. Il s'applique au cas où le mariage et le contrat de mariage sont entachés de nullités diverses. La raison d'indivisibilité devrait être assez puissante pour interdire d'annuler le contrat de mariage quand le mariage a été dès l'origine pur de tout vice. Cependant alors cette raison ne suffit pas et le contrat de mariage peut être annulé. L'art. 1398, s'il en était autrement, ne s'appliquerait jamais.

D'ailleurs si le mariage valable avait pour effet d'entraîner la validité du contrat de mariage, si l'indivisibilité qu'on veut créer avait cette influence, il faudrait aller jusqu'à dire que, le contrat de mariage étant valable, le mariage ne serait pas nul. Cela est insoutenable ; alors même que le contrat de mariage a été fait comme la loi l'exige, il est évident que le mariage peut cependant être annulé.

Aussi notre conclusion est que les fins de non-recevoir qui protègent le mariage ne protègent pas

Cass., 28 nov. 1831, S. 32, I, 358; 23 déc. 1856, S. 57, I, 245.

nécessairement le contrat de mariage annulable et les donations qu'il contient (1).

c. — *La ratification peut-elle intervenir utilement après la dissolution du mariage?*

118. — On comprend la situation. Deux époux ont fait leur contrat de mariage alors qu'ils n'avaient pas capacité pour le faire. Le contrat est nul. Survient la dissolution du mariage. Ces époux ou leurs héritiers peuvent-ils prendre pour base du règlement de leurs intérêts le contrat nul dès l'origine?

On se rappelle que les uns voient dans la nullité qui nous occupe une nullité radicale, les autres une nullité simplement relative. Il est certain que, pour ces derniers, le contrat de mariage peut être ratifié. Pour les autres il n'y aura pas de ratification possible. Encore faut-il s'entendre. Si toutes les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, il n'existe pas d'obstacle à ce que le contrat de mariage nul forme la base des arrangements qui surviendront entre les intéressés. Ces derniers pourront faire toutes les conventions que comporte leur convenance ou leur fantaisie, mais ils ne pourront pas ratifier a proprement parler le contrat de mariage

(1) Cass. civ. 13 juillet 1857, *ubi supra*, note Devilleneuve. *Adde:* Bertauld, *op. cit.*, pages 487 et suiv.; De Folleville, *op. cit.*, nos 117-155.

dont il s'agit. Nous faisons ici la même observation que nous avons faite lorsque nous avons étudié la question de savoir si le contrat nul pourrait être ratifié avant le mariage. Nous avons démontré qu'il pouvait être remplacé par un contrat valable. De même après la dissolution du mariage, les parties peuvent faire telles transactions qu'elles jugeront convenables, pourvu qu'elles soient capables.

Le grand intérêt consiste à savoir si elles pourraient, étant d'accord, imposer aux tiers le contrat de mariage nul ou se l'opposer les unes aux autres si elles ne s'entendaient pas. Nous croyons qu'elles n'auraient pas ce droit.

En effet, aux termes de l'art. 1399, la communauté légale ou conventionnelle commence au jour du mariage et l'on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. Le contrat de mariage doit précéder l'union conjugale. Il doit être pur et simple, sans terme ni condition. Si une ratification était possible après la dissolution du mariage, le contrat aurait été soumis à cette condition de ratification pendant la durée du mariage. Le contrat doit donc rester nul. Il ne pourra être opposé aux tiers et les époux ou leurs représentants seront libres de ne pas en observer les clauses (1).

Étant donné que le contrat de mariage pour la

(1) De Folleville, *op. cit.*, nº 120.

confection duquel l'art. 1398 n'aurait pas été observé ou qui aurait été fait en violation des art. 499 et 513 est nul et que la nullité en peut être invoquée par tous les intéressés, il faut noter que les personnes qui invoqueront cette nullité ne pourront le faire pour partie et dans la mesure de leur intérêt. Si le contrat de mariage tombe, il entraîne dans sa chute toutes les donations qu'il contient. Mais il faut bien comprendre la portée de cette observation. Si la nullité vient de ce que l'époux incapable s'est soumis à un régime qui entraîne des aliénations plus considérables que la communauté légale, le contrat de mariage sera nul pour le tout. Si, au contraire, ce sont certaines donations qui sont nulles comme émanant de l'époux incapable, la nullité de ces donations n'entraîne pas forcément celle du contrat de mariage tout entier (1).

119. — En résumé, pour ce qui est du caractère de la nullité qui affecte le contrat de mariage fait par un incapable non assisté ou irrégulièrement as-

(1) *Suprà*, nos 86 et 87 ; de Folleville, *loc. suprà*. Cass. ch. réunies 21 juin 1892, S. 94, I, 449. Nous lisons dans les motifs de cet arrêt : « On n'objecte pas avec plus de raison l'indivisibilité du contrat réglant les conventions civiles du mariage, laquelle ne permettrait pas d'annuler les donations contenues dans le contrat et de conserver en même temps le régime matrimonial stipulé par les parties ; attendu que sans doute les dispositions du contrat de mariage comme celles de tout autre contrat ne sauraient être arbitrairement scindées ; mais qu'il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse s'y rencontrer certaines clauses dont la nullité restera isolée et n'entraînera pas la nullité du surplus... »

sisté, nous croyons être en présence d'une nullité spéciale. Sans la qualifier de relative ou d'absolue, nous avons dit qu'elle opérait tantôt comme si elle appartenait à la première catégorie, tantôt comme si elle appartenait à la seconde. Nous croyons exagéré que l'époux capable puisse s'en prévaloir ; elle nous apparaît alors comme si elle était relative. D'autre part, nous croyons que les tiers peuvent l'invoquer et qu'elle ne peut vis-à-vis d'eux être couverte par la ratification ou la prescription. A cet égard, elle opère comme une nullité absolue.

Quoi qu'il en soit, les conventions matrimoniales étant nulles, nous devons nous demander à quel régime matrimonial se trouveront soumis les époux qui ont fait leur contrat en état d'incapacité. Cette étude fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

Quelle est, au point de vue du régime matrimonial, la situation des époux dont le contrat de mariage a été déclaré nul pour cause d'incapacité ou qui se sont mariés sans contrat, étant incapables?

§ 1er. — Opinion de certains auteurs écartant la communauté légale.

120. — Nous avons indiqué déjà par avance la solution de notre question lorsque nous avons dit que les incapables pourraient adopter sans assistance un régime matrimonial qui n'entraînerait pas des aliénations plus considérables que la communauté légale. Notre réponse à la question que nous posons serait donc celle-ci : les incapables dont les conventions matrimoniales ont été déclarées nulles seront soumis à la communauté légale qui est le régime de droit commun ; il en sera de même des incapables qui n'ont pas fait de contrat.

Cette opinion n'est pas unanimement acceptée. D'après Demolombe, en effet, c'est la séparation de

biens qui devrait être le régime des époux. D'après Bertauld, c'est la communauté d'acquêts.

A. — *Opinion de Demolombe.*

121. — Cet auteur n'admet pas que l'incapable puisse adopter un régime matrimonial d'où résulterait même indirectement une aliénation quelconque. En conséquence, il croit que cet incapable ne pourrait pas sans assistance consentir une des clauses de la communauté conventionnelle, comme par exemple un ameublissement. C'est l'avis général. Mais Demolombe lui dénie encore le droit d'adopter la communauté légale. Il ne pourrait adopter que le régime de la séparation de biens. Cela pour deux raisons :

1° L'incapable ne peut *aliéner* sans l'assistance de son conseil ; or la communauté même légale entraîne des aliénations. Ce régime n'est pas imposé par la loi ; il ne résulte que de la volonté expresse ou présumée des contractants. L'incapable, s'il est soumis à ce régime par suite même de ce que son contrat de mariage a été déclaré nul, a fait acte de volonté ; il a donc par une convention tacite aliéné ou pu aliéner une partie de ses biens, ce qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance requise. La communauté légale ne peut être que le régime de ceux qui sont capables de consentir les aliénations qu'il entraîne.

2° Il est essentiel de ne pas soumettre les époux qui n'ont pas fait un contrat valable au régime de la communauté. Ce serait reconnaître que ces époux sont capables de se soumettre expressément à ce régime alors même qu'ils ne sont pas assistés. Or les aliénations qu'il comporte pouvant être considérables et l'incapable manquant de protection, il pourrait en résulter pour lui un grave préjudice. Cet incapable deviendrait trop facilement la victime des intrigues; on abuserait de ses faiblesses et de ses passions.

Le régime de la séparation de biens est le seul qui soit convenable (1).

122. — Un arrêt de la Cour de Caen du 19 mars 1839 consacre implicitement cette manière de voir. Il s'agissait dans l'espèce d'un individu placé dans les liens d'un conseil judiciaire. Il ressort des motifs de l'arrêt que la célébration du mariage ne peut, quant aux biens, avoir d'effet que jusqu'à concurrence des actes que le prodigue peut faire sans l'assistance de son conseil. Il ne peut notamment en résulter une aliénation. Pour justifier les considérants de l'arrêt on disait qu'en effet l'époux qui est pourvu d'un conseil judiciaire peut avoir une importante fortune mobilière. La mise en communauté de cette fortune serait une aliénation. L'art. 1400 du Code

(1) Demolombe, *Du mariage et de la séparation de corps*, t. I, n° 22, et *De la minorité*, t. II, n° 740.

civil ne doit pas forcément s'appliquer. Il n'est relatif qu'aux cas ordinaires, où rien ne fait obstacle à son application. L'art. 513 doit l'emporter sur l'art. 1400. Il n'y aura pas communauté légale entre les époux, si de cette communauté doit résulter une aliénation de la part du prodigue. Il faut que le régime matrimonial des époux soit la séparation de biens. Alors, en effet, la femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens, meubles et immeubles. Plus de danger pour sa fortune. D'autre part, le mari n'aliénera aucune partie de la sienne. Les droits de chacun seront garantis et les dispositions de l'art. 513 du Code civil seront respectées.

123. — On peut faire à ce système l'objection suivante qui nous paraît péremptoire. Les aliénations qui résultent de la communauté légale ne sont point dues à la volonté des parties. L'opinion de Pothier ne saurait avoir la portée qu'on lui donne, à savoir que le régime de la communauté légale, lorsque le contrat de l'incapable est annulé, résulterait de la convention tacite des parties (2). C'est la loi elle-même par sa seule puissance, à l'insu et contrairement peut-être à la volonté des parties, qui établit la communauté de biens. Les aliénations qu'entraîne ce

(1) Caen, 19 mars 1839, S. 1839, II, 275 et note.

(2) Pothier envisageait seulement le cas où les époux n'ont pas fait de contrat. La situation étant la même dans l'hypothèse que nous examinons, il n'y a pas de raison de distinguer.

régime ne résultent donc pas de la volonté tacite des parties incapables, mais de la loi qui peut tout.

D'autres auteurs prétendent que le régime des époux doit être la communauté réduite aux acquêts. Examinons leur opinion.

B. — *Opinion de Bertauld.*

124. — Cet auteur soutient que les époux dont le contrat de mariage est annulé pour cause d'incapacité sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Si les époux avaient stipulé la communauté légale dans leur contrat de mariage cette stipulation expresse pourrait être considérée comme lésionnaire. S'ils ont stipulé un régime qui entraîne des aliénations plus considérables, la communauté universelle par exemple, il ne suffit pas de réduire les effets de ce dernier régime à ceux que comporte le régime de droit commun. Ce dernier est évidemment dangereux. « La communauté est, dit l'éminent jurisconsulte, le régime légal ; j'en détache seulement les conséquences auxquelles les contractants n'ont pas eu capacité pour se soumettre ; j'applique le principe de la loi, je me conforme à son vœu, mais avec les restrictions et les tempéraments que comporte la situation ; je n'admets pas par voie indirecte ce qui ne pourrait se faire directement ; je repousse les aliénations, les abandons et je ne

laisse à la volonté de la loi qui remplace la volonté contractuelle absente que la puissance d'opérer la confusion des revenus et des économies (1) ».

Cette solution, dit-il encore, est fondée sur la loi. Sans doute la portée de la loi est limitée, mais la limitation est puisée dans la loi elle-même. Ce système est moins arbitraire que celui qui fait appel à la séparation de biens ; il l'est moins que celui qui proposerait le régime exclusif de communauté. « Si les incapables ont fait des stipulations d'ameublissement, de forfait de communauté ou seulement de communauté légale, je retranche, je mutile, si l'on veut, et je ne respecte de la communauté que les conséquences qu'il leur eût été permis de stipuler, abstraction faite du mariage ; je réduis l'efficacité de leur volonté, mais je ne l'anéantis pas entièrement (2). »

M. Colmet de Santerre est de cet avis. D'après lui, la communauté légale, par la confusion entière du mobilier et des dettes des deux époux, pourrait être, pour l'incapable que la loi protège, une cause de ruine. La communauté légale n'est d'ailleurs pas de l'essence du mariage. Elle n'est que l'œuvre d'une convention tacite (3). Il faut alors en borner les effets à ceux que peut produire la volonté du contractant incapable. Comme il n'a pu ni disposer de ses capi-

(1) Bertauld, *op. cit.*, n° 623, p. 493.
(2) Bertauld, *op. cit.*, *l° c°*.
(3) Cpr. Pothier, *De la Communauté*, nos 10 et suiv.

taux, ni contracter des dettes, il faut en conclure que ses capitaux lui sont restés propres et que les dettes demeurent séparées. En somme il faut réduire la communauté aux acquêts (1).

125. — Ce système est ingénieux et séduisant, mais nous croyons qu'il ne doit pas être admis. Le législateur est muet sur le cas dont nous nous occupons. Pour trouver la solution juste, à défaut de texte, il faut se pénétrer de l'esprit de notre loi. A tort ou à raison, cette loi, faisant de la communauté légale le régime de droit commun, a considéré ce régime comme le plus favorable aux intérêts des époux. C'est le meilleur pour eux d'après elle et c'est aussi le plus conforme à l'intérêt général. C'est donc au minimun d'aliénations que comporte la communauté légale qu'il faut réduire celles qu'entraînerait le régime adopté par les époux dont le contrat de mariage est annulé. Si ces époux avaient adopté un régime qui entraînerait moins d'aliénations que la communauté légale, ou qui n'en comporterait pas, la communauté réduite aux acquêts, par exemple, ou la séparation de biens, la volonté des époux devrait être respectée. Le régime alors choisi par eux subsisterait alors même que le contrat de mariage contiendrait des donations qui seules seraient annulées conformément aux principes adoptés par la doctrine et la jurisprudence.

(1) Colmet de Santerre sur Demante, t. II, p. 359, n° 285 *bis* V.

« Nous croyons, dit à ce sujet M. Guillouard, qu'en dehors de l'art. 1393 et du régime de la communauté légale qu'il proclame, tout est arbitraire ; aussi concluons-nous avec une jurisprudence, qu'on peut considérer maintenant comme définitive, que ce sera le régime matrimonial du mineur dont le contrat est annulé (1). »

Un troisième système soutient que le régime des époux doit être le régime exclusif de communauté. Il est développé par M. Vidal (2).

§ 2. — Opinion de la majorité des auteurs et de la jurisprudence.

126. — Nous croyons, avec la plus grande partie de la doctrine et la jurisprudence, que l'annulation du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des conjoints a pour conséquence de faire considérer les époux comme étant soumis au régime de la communauté légale. Troplong déclare que cette solution est évidente. Elle doit l'être surtout lorsque les époux ont, dans leur contrat nul, adopté un régime dont la communauté est le fond et que l'incapable n'aura fait qu'étendre d'une façon abusive.

Ainsi, dit Troplong, si une fille mineure a stipulé

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n° 320, p. 296.

(2) Vidal, *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, pp. 103-109.

hors des conditions indiquées par l'art. 1398, une communauté universelle, elle sera fondée à exiger que les héritiers du mari l'exemptent des obligations de ce genre exorbitant de communauté. Cependant elle pourra réclamer les avantages de la communauté ordinaire. La question n'est pas nouvelle et nous l'avons exposée dans notre introduction (1). La femme pouvait réclamer une communauté à l'ordinaire (2). Il ne s'agit pas d'ailleurs ici de substituer une convention à une autre, mais d'ôter à une convention ce qu'elle a d'excessif.

Si ce n'est pas le contrat de mariage, fruit de la convention qui subsiste, c'est le régime légal qui doit prendre sa place. A défaut de la volonté des parties valablement exprimée, c'est la volonté de la loi qui s'impose. Or la loi ne laisse pas les époux sans un régime matrimonial. On objecte que la communauté légale peut être antipathique aux époux ; qu'ils n'y ont peut-être pas pensé ; qu'ils peuvent avoir manifesté l'intention de ne pas s'y soumettre en adoptant un régime tout différent et que c'est aller trop ouvertement à l'encontre de leur volonté que de le leur imposer. Sans doute, mais les époux ne doivent s'en prendre qu'à eux de ce résultat. Ils ne devaient pas se mettre au-dessus des formes de la loi ; ils ont eu tort de se placer dans une situation qui les

(1) *Supra*.
(2) Lebrun, *op. cit.*, livre I, ch. 3, nos 42 à 46.

fait tomber sous le coup du régime légal (1). Si les époux voulaient un régime autre que celui de droit commun, ils devaient remplir les conditions prescrites par la loi ; sinon ils sont censés n'avoir pas voulu déroger à la communauté légale (2).

D'ailleurs, aux termes de l'art. 1393, ce régime est celui des époux qui se sont mariés sans contrat ; il forme le droit commun de la France. La question de savoir si un autre régime de droit commun, la communauté d'acquêts, par exemple, serait plus conforme à l'intérêt des époux peut se discuter. Mais étant donné que le régime de la communauté légale a les préférences du législateur, il n'est pas téméraire de croire qu'imposer ce régime de droit commun aux époux dont le contrat de mariage est annulé, c'est remplir le vœu de la loi. Si l'on ne soumet pas les époux que nous considérons au régime de droit commun, le choix d'un régime sera complètement arbitraire (3).

La jurisprudence a consacré cette opinion par plusieurs décisions. Elle se fonde généralement sur cette raison que les aliénations interdites aux incapables sont de nature à favoriser leur penchant à la dissipation ou à compromettre imprudemment leurs

(1) Troplong, *op. cit.*, I, nos 283 et 284.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, no 36.

(3) Guillouard, *op. cit.*, I, no 320 ; Aubry et Rau, t. V, § 502, p. 246, texte et note 31 ; Rodière et Pont, I, no 181 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *op. cit.*, I, no 205, p. 166.

intérêts. Or l'adoption de la communauté légale ne constitue pas une aliénation de cette espèce. L'aliénation résulte non de la volonté de l'incapable, mais de la toute-puissance de la loi qui a considéré la communauté légale comme le régime le plus conforme à la nature du mariage et comme réglant d'une manière sage et équitable les intérêts pécuniaires des époux (1).

Au cas où les époux étant incapables se sont mariés sans rédiger de contrat de mariage, on doit considérer qu'ils se sont soumis au régime de droit commun. Il n'y pas de raison de distinguer entre ce cas et celui où le contrat de mariage a disparu par suite de l'annulation prononcée en justice et les mêmes motifs conduisent à la même solution (2).

128. — En somme, la solution que nous avons adoptée a été fortement combattue surtout par Bertauld. La question est assurément délicate. La raison qui nous détermine est qu'en l'absence d'une manifestation de volonté de la part des époux incapables, ou si cette volonté n'a pas été exprimée vala-

(1) Riom, 23 juin 1853, S., 54, III, 37 ; — Cass., 5 mars 1855. S., 55, I, 348 et 20 juillet 1859, S., 59, I, 849 (notes et renvois) ; — Limoges, 17 avril 1869, S., 70, II, 208 ; — Cass., 19 juin 1872, S., 72, I. 281 ; — Nîmes, 9 mars 1875, S., 76, II, 181 ; — Pau, 15 mars 1892, S., 93, II, 133 ; — Agen, 28 mai 1894. S. 96, II, 293.

(2) Citons les arrêts suivants qui ont tranché spécialement la question : Limoges, 27 mai 1867, S., 67, II, 337 ; — Caen, 20 mars 1878, S., 78, II, 105.

blement, c'est la volonté du législateur qui doit s'imposer. Le législateur a posé un principe général. Lorsqu'il n'y a pas de texte donnant une solution particulière dans un cas déterminé, c'est le principe général qui doit guider l'interprète. Or en notre matière, nous n'avons pas de texte qui vienne résoudre la question. Il faut en conséquence considérer l'esprit général du Code et décider, sous peine de trancher arbitrairement la question, que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale.

APERÇU DE LÉGISLATION COMPARÉE

Jetons un coup d'œil sur quelques législations étrangères et voyons comment y est réglée la capacité exigée des futurs conjoints pour la rédaction de leur contrat de mariage.

129. — *Espagne.* — Le Code espagnol à cet égard est presque semblable à notre Code civil. Le mineur qui d'après la loi est habile à se marier peut également faire un contrat de mariage moyennant l'intervention des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour la célébration du mariage. Si le contrat est annulé faute de l'assistance requise, le mineur est réputé marié sous le régime de la communauté d'acquêts (art. 1318). A ce point de vue la loi espagnole est plus précise que la nôtre. Elle détermine le régime des époux dont le contrat est annulé, alors que notre Code est muet, laissant ainsi place à la controverse. Le régime de la communauté d'acquêts auquel sont soumis les époux dont le contrat est annulé est le régime de droit commun en Espagne.

Une personne interdite ou qui est sous le coup

d'une action en interdiction ne peut faire valablement un contrat de mariage qu'avec l'assistance du tuteur qui lui est adjoint à cet effet, conformément aux dispositions du Code civil et du Code de procédure civile (art. 1323) (1).

130. — *Angleterre.* — Le futur époux ayant moins de vingt ans et la future épouse moins de dix-sept ans, les conventions matrimoniales ne valent, en ce qui concerne soit les immeubles, soit les meubles, que si elles ont été homologuées par la Cour de Chancellerie de la Haute-Cour. Si les conventions n'ont pas été homologuées, elles ont cependant un effet. Elles lient le conjoint majeur, mais non le conjoint mineur.

Quand la future épouse seule est mineure, les conventions matrimoniales relatives à son avoir mobilier sont valables malgré cette circonstance. Cela vient de ce qu'à défaut de conventions le mari aurait eu droit absolu sur l'avoir mobilier de sa femme; qu'en conséquence toute clause souscrite par lui ne peut être qu'une limitation de ses pouvoirs au profit de sa femme. Or un incapable est toujours admis à améliorer sa condition.

131. — *Italie.* — Le mineur capable de se marier est aussi capable de consentir toutes les stipulations et donations faites dans son contrat de mariage,

(1) Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, 4me partie, nos 133 à 138; A. Levé, *Code civil espagnol*, pp. 250 et 251.

et elles sont valables s'il a été assisté des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage (art. 1386).

La personne qui est sous le coup d'une action ou d'un jugement d'interdiction ne peut faire un contrat de mariage valable sans l'assistance d'un curateur nommé *ad hoc* (art. 1387) (1).

132.— *Pays-Bas.* — Les mineurs habiles à contracter mariage sont habiles à consentir toutes conventions matrimoniales moyennant l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pourla validité du mariage (art. 206).

133.— *Portugal.* — A défaut de contrat, les époux sont réputés mariés sous le régime de communauté universelle qui est le régime légal (*secundo o costume do reino*) en Portugal. Il n'y a d'exception à cette règle que si ce sont des mineurs ou interdits mariés sans le consentement des personnes dont l'assistance était nécessaire. La loi portugaise, plus prévoyante que la nôtre, soumet ces personnes au régime de la communauté réduite aux acquêts (art. 1098).

134. — *Pologne.* — Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes conventions matrimoniales moyennant l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage lui-même (Loi de 1825, art. 211).

(1) Th. Huc, *Code civil Italien*, t. II, p. 195.

135. — *Danemarck.* — Lorsque le mari est mineur, il doit être assisté dans la rédaction du contrat par son père ou son tuteur. La femme est toujours représentée par son père ou son tuteur.

136. — *Norwège.* — Le tuteur ou le curateur doit donner son consentement au contrat du mineur âgé de moins de dix-huit ans ou à la personne en curatelle (âgée de moins de vingt et un ans).

137. — *Suède.* — Jusqu'en 1872, le contrat des filles même majeures était fait pour elles par leur père ou leur tuteur. La loi du 8 novembre 1872 (1) et l'ordonnance du 17 mars 1882 donnent à la fille majeure de vingt ans le droit de faire ses conventions matrimoniales aussi bien que de se marier seule et sans autorisation.

138. — Au point de vue du droit international privé, la loi qui régit la capacité, pour les parties, de faire un contrat de mariage est la loi nationale de chacune des deux parties contractantes. La capacité de contracter est en effet une dépendance du statut personnel. Il résulte de là que si un mineur français passe un contrat de mariage en pays étranger, il devra être habilité dans les termes de l'art. 1398 du Code civil. De même un interdit ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire ne pourra faire son contrat de mariage sans assistance (2).

(1) *Annuaire de législation étrangère,* 1873, p. 488.

(2) Surville et Arthuys, *Droit international privé,* 2e édition, p. 382, n° 364.

CONCLUSION

139. — Nous avons, dans le cours de ce travail, examiné beaucoup de questions d'un grand intérêt pratique. Celle de savoir si le Code civil a consacré la règle *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* domine tout notre sujet. Nous avons déterminé la portée de cette maxime formulée par les anciens jurisconsultes. Lebrun et Pothier nous en ont donné le sens précis. On sait qu'il fallait l'entendre de la façon suivante, que toute personne habile à contracter mariage était aussi habile à faire des conventions matrimoniales lorsque ces conventions n'avaient rien d'extraordinaire, n'étaient pas exorbitantes du droit commun. Les clauses extraordinaires soigneusement analysées par les jurisconsultes étaient interdites aux incapables. Elles entraînaient la nullité des pactes matrimoniaux; ou bien les avantages conférés par un époux incapable à son conjoint étaient réduits par le juge. On décidait aussi que l'époux qui se faisait restituer contre les conventions nulles par suite de son incapacité devait avoir une « communauté à l'ordinaire ». Ce point était toutefois très controversé.

140. — L'étude de l'ancien droit est nécessaire pour aborder celle de l'art. 1398 du Code civil. De la comparaison que l'on peut faire entre les deux, il résulte que notre Code n'a pas entendu rétablir la maxime *habilis ad nuptias*... Cette constatation a son importance. Si l'article 1398 en reproduit à peu près les termes, il lui donne une extension qu'elle n'avait pas dans notre ancienne jurisprudence. Loin de limiter aux conventions ordinaires celles que l'incapable peut aujourd'hui insérer dans son contrat de mariage, le Code civil lui donne à cet égard les mêmes facultés que s'il avait plein exercice de ses droits. C'est ainsi qu'un mineur peut se marier sous le régime de la communauté universelle, ce dont il était incapable sous l'empire de l'ancien droit, et qu'il peut faire à son conjoint des donations de biens présents aussi bien que des donations de biens à venir. Il n'a d'ailleurs capacité à ce point de vue que sous certaines conditions.

141. — On a soutenu que le Code civil avait rétabli dans son intégrité la maxime de l'ancien droit et qu'il y avait là un principe général dont il fallait tirer toutes les conséquences. Quiconque est habile à se marier est habile à faire ses conventions matrimoniales. Le Code civil, qui n'a pas posé de règles particulières en ce qui concerne certains incapables tels que les prodigues et les interdits, leur fait, disait-on, application de ce principe. Or, ces incapa-

bles étant habiles à se marier sans l'assistance d'un conseil, de leur tuteur, ou d'un parent quelconque, doivent être conséquemment reconnus habiles à faire leur contrat de mariage sans être assistés. Mais le principe auquel on fait appel n'a pas été posé par notre loi comme une règle générale. L'ancienne jurisprudence ne lui donnait pas, d'autre part, la portée qu'on voudrait lui donner. D'ailleurs, le résultat auquel on aboutit, qui est de priver le prodigue et le faible d'esprit d'une protection indispensable au moment où ils vont faire un acte aussi important que le contrat de mariage, suffit à condamner cette opinion. Il est impossible que le législateur ait voulu soustraire les incapables dont nous parlons à l'application du droit commun. L'art. 1398, qui déroge à ce droit commun, doit être entendu suivant la règle *exceptio est strictissimæ interpretationis.*

Ainsi, les incapables autres que le mineur ne pourront pas plus que ce dernier faire leur contrat de mariage sans assistance. L'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage ne saurait suffire à établir le droit que certains auteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation pendant longtemps ont reconnu au faible d'esprit et à la personne pourvue d'un conseil judiciaire de faire leur contrat de mariage sans l'intervention de ceux qui peuvent les protéger. Aujourd'hui la doctrine est unanime à soutenir que le prodigue et le faible d'esprit ne peuvent

faire seuls un acte de cette importance. La Cour suprême, se mettant d'accord avec les Cours d'appel a fini par se rallier à cette opinion. L'intérêt pratique est considérable.

142. — Ce n'est pas à dire que le contrat de mariage, s'il est fait en violation des règles que nous avons étudiées, soit nul pour le tout. Si les époux par leurs conventions n'ont pas fait des aliénations plus considérables que peut en entraîner la communauté légale, leur régime matrimonial sera maintenu. On n'aperçoit pas en effet de bonne raison pour soumettre les époux incapables à un régime matrimonial autre que celui de droit commun. Si critiquable que ce dernier puisse être à certains égards, il a paru le meilleur au législateur de 1804 et les aliénations qu'il entraîne sont le fait de la loi elle-même plutôt que de la volonté des parties. C'est donc lui que les époux sont censés avoir adopté. La séparation de biens, le régime exclusif de communauté ou la communauté d'acquêts ne saurait le remplacer. En tout cas la volonté du législateur ne s'est pas manifestée et l'on ne peut y suppléer. Le plus sûr en l'absence de l'expression de cette volonté est d'appliquer le droit commun.

Mais si le régime adopté par des époux incapables ne doit pas disparaître tout entier, les donations que l'incapable aurait faites sans assistance ne doivent pas être maintenues. Cette solution s'impose même

lorsqu'il s'agit de donations de biens à venir. A la vérité, il n'y a pas alors appauvrissement actuel du donateur et la donation de biens à venir n'ayant d'effet qu'après la mort de ce donateur présente certaines analogies avec le testament qui, lui, est permis aux incapables. Cependant il y a de fortes raisons de décider que ces donations devront être annulées. La jurisprudence n'en reconnaît pas la validité.

143. — En ce qui concerne le caractère de la nullité du contrat de mariage d'un incapable qui n'aurait pas été assisté, l'opinion généralement reçue est que cette nullité est absolue. Il en résulte cette conséquence notable que le contrat de mariage n'est pas susceptible de ratification ou de confirmation pendant le mariage. Nous croyons que ce résultat découle surtout de ce principe que pour confirmer un acte il faut nécessairement être dans des conditions telles qu'on pourrait le passer. Or le contrat de mariage ne peut être fait qu'avant la célébration du mariage; il est donc impossible de le ratifier après cette célébration. D'ailleurs le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales suffirait pour justifier cette manière de voir. Il semble donc inutile à ce point de vue de qualifier la nullité du contrat de mariage d'un incapable pour défaut d'assistance. Cette qualification est même gênante lorsqu'il s'agit d'étudier les rapports des époux en-

tre eux. A cet égard nous inclinons à croire que l'art. 1125 du Code civil est applicable. Il résulterait de cette application que l'époux capable ne pourrait pas se prévaloir de la nullité du contrat de mariage pour défaut de capacité de son conjoint. C'est l'avis d'Aubry et Rau. La jurisprudence admet la nullité absolue. Il faut avouer qu'alors toutes les difficultés se trouvent tranchées. Un pareil résultat toutefois ne suffit pas à justifier une théorie. Quoi qu'il en soit, on admet généralement que cette nullité a pour effet d'entraîner la responsabilité du notaire rédacteur du contrat.

Vu : *Le Président de Thèse*,
F. SURVILLE.

Vu : *Le Doyen*,
LE COURTOIS

Vu et permis d'imprimer,

Poitiers, le 1er juillet 1899

Le Recteur
H. CONS.

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — Cours de Droit civil français, 4e édition. Paris, 1872.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — Traité théorique et pratique du contrat de mariage. Paris, 1897.

Basnage. — La Coutume réformée du pays et duché de Normandie. Rouen, 1594.

A. Bertauld. — Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon. Paris, 1886.

Dalloz. — Jurisprudence générale. — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, v° *Contrat de mariage*. — Supplément au Répertoire, *eodem verbo*.

Demante. — (Colmet de Santerre). Cours analytique de Droit civil. Paris, 1880.

C. Demolombe. — Cours de Code Napoléon. Paris, 1864.

Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil. Paris, 1825.

A. Fenet. — Travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1836.

De Folleville. — Traité du contrat pécuniaire de mariage. Paris, 1883.

L. Guillouard. — Traité du contrat de mariage. Paris, 1885.

Th. Huc. — Le Code civil italien et le Code Napoléon, 3e édition. Paris, 1868.

Commentaire théorique et pratique du Code civil. Paris, 1892.

Larombière. — Théorie et pratique des obligations. Paris, 1857.

Laurent. — Principes de Droit civil, 2e édition. Bruxelles, 1876.

Lerrun. — Traité de la Communauté. Paris, 1753.

Ernest Lehr. — Eléments de droit civil espagnol.

A. Levé. — Code civil espagnol du 24 juillet 1889. Paris, 1890.

Baron Locré. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1827.

Marcadé et Pont. — Explication théorique et pratique du Code civil. Paris, 1867.

Merlin. — Répertoire, v° *Prodigue*.

Nouveau-Denizart. — V° *Empêchements de mariage*.

Pothier. — Œuvres complètes (Traité de la communauté et de la Procédure civile), édition Bugnet. Paris, 1845.

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1845, 1865, 1880, 1892.

Rodière et Pont. — Traité du contrat de mariage. Paris, 1847.

J.-B. Sirey. — Recueil général des lois et arrêts.

Surville et Arthuys. — Droit international privé. 2e édit. Paris, 1895.

Troplong. — Le Droit civil expliqué (contrat de mariage). Paris, 1850.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Ancien droit

Section I. — Portée de la règle « habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia »..... 3
A. — Clauses tendant à l'aliénation ou à l'hypothèque des biens des incapables..... 4
B. — Clauses permises aux incapables..... 7
Section II. — Sanction de la règle « habilis ad nuptias »... 17
§ 1. — L'incapable pouvait se faire restituer. — Les conventions exorbitantes du droit commun étaient réduites..... 17
§ 2. — Quel était le régime matrimonial de l'incapable dont le contrat de mariage avait été déclaré nul ? 22

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Du contrat de mariage du mineur

Section I. — L'article 1398 du Code civil déroge au droit commun. — Cette dérogation doit-elle être approuvée?.... 28
Section II. — Etendue de la dérogation et conditions d'application de l'article 1398..... 36
A. — Etendue de la dérogation..... 36
B. — Conditions d'application du principe..... 45
§ 1. — Le mineur doit être habile à contracter mariage..... 45
§ 2. — Quelles personnes doivent assister le mineur ? 47
§ 3. — Formes de l'assistance..... 54
§ 4. — Responsabilité du notaire et du tuteur..... 60

CHAPITRE II

Contrat de mariage d'un incapable autre que le mineur

Section I. — L'interdit peut-il contracter mariage?..... 67
Section II. — Les incapables autres que le mineur peuvent-ils faire leur contrat de mariage sans assistance?..... 80
§ 1. — Système de Troplong..... 83
§ 2. — Système de la jurisprudence (Cour de cassation et Cours d'appel)..... 89
§ 3. — Capacité relativement au choix d'un régime matrimonial et aux donations..... 93
A. — Choix d'un régime matrimonial..... 94
B. — Donations..... 106

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Sanction des règles protectrices des incapables en matière de contrat de mariage.

Section I. — Caractère de la nullité du contrat de mariage vicié par suite de l'incapacité des parties contractantes.... 117
§ 1. — Notions générales sur les nullités..... 117
§ 2. — L'article 1125 doit-il être appliqué au contrat de mariage?..... 120
a) Système de la jurisprudence (nullité absolue).... 122
b) Système d'une grande partie de la doctrine (nullité relative)..... 126
c) Système mixte..... 128
Section II. — Conséquences de l'inapplication de l'article 1125 au contrat de mariage..... 133
§ 1. — Tous les intéressés peuvent invoquer la nullité.. 133
§ 2. — Le contrat peut-il être ratifié?..... 141
a) La ratification peut-elle intervenir utilement avant la célébration du mariage?..... 141
b) *Quid*, pendant le mariage?..... 145
c) La ratification peut-elle intervenir utilement après la dissolution du mariage?..... 164

CHAPITRE II

Quelle est, au point de vue du régime matrimonial, la situation des époux dont le contrat de mariage a été déclaré nul pour cause d'incapacité ou qui se sont mariés sans contrat, étant incapables?

§ 1. — Opinion de certains auteurs écartant la communauté légale 168
a) Opinion de Demolombe 169
b) Opinion de Bertauld 172
§ 2. — Système de la jurisprudence et de la majorité des auteurs 175
Aperçu de législation comparée 180
Conclusion 184
Bibliographie 190

Poitiers. — Imp. BLAIS et ROY, 7, rue Victor-Hugo.